

Jürgen Huvendick

Zweckgerechte Inhaltsbestimmung
von Grunddienstbarkeiten
und beschränkten persönlichen
Dienstbarkeiten

unter besonderer Berücksichtigung
der Belastungsmöglichkeit
"gewisse Handlungen"
auf dem Grundstück verbieten zu können

1967
—

Zweckgerechte Inhaltsbestimmung von Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, unter besonderer Berücksichtigung der Belastungsmöglichkeit, "gewisse Handlungen" auf dem Grundstück verbieten zu können.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Jürgen Huvendick
aus Essen
1967



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Heldrich

Dekan: Prof. Dr. Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 16. November 1967

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
I. Einleitung und Problemstellung	1
II. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit	8
1.) Die Rechtsprechung bis zur ersten BGH-Entscheidung	8
2.) Die grundlegende BGH-Entscheidung	18
a) Vorlagebeschluß des OLG Hamm	18
b) Die maßgebenden Abgrenzungskriterien des BGH	21
aa) Nur tatsächliche, nicht rechtliche Handlungen	22
bb) Einschränkung der Rechte des Eigentümers am Grundstück, nicht aber nur seiner rechtsgeschäftlichen Freiheit	23
cc) Auswirkungen der verbotenen Handlungen auf die Verschiedenartigkeit der Grundstücksbenutzung und Unterscheidung von der bisherigen Benutzungsfreiheit	24
dd) Unmittelbare Wirkung des Verbots	28
3.) Obergerichtliche und höchstrichterliche Entscheidungen gemessen an diesen Kriterien	31
a) Tankstellendienstbarkeit	32
b) Flaschenbierentscheidung	41
c) Wohnungsberechtigungsdienstbarkeit	47
d) Ergebnis	62

III. Dogmatische Grundlagen dieser Rechtsprechung	63
1.) Kritische Betrachtung der genannten Voraussetzungen auf ihre Stütze im Gesetz und auf ihren Aussagewert	63
a) Tatsächliche Handlungen	63
b) Beschränkung der Eigentümerrechte	66
c) Verschiedenheit in der Benutzung	68
d) Unmittelbare Auswirkung	71
2.) Ausgangspunkt einer Gesetzesauslegung	75
a) subjektive Theorie	76
b) objektive Theorie	76
c) Verbindung der beiden Theorien	77
3.) Woher könnte sich die einschränkende Auslegung der §§ 1018, 1090 BGB rechtfertigen ?	79
a) Der Gesetzestext seinem Wortsinn nach	79
b) Historisch-genetische Methode	81
aa) Historische Interpretation	81
aaa) Römisches Recht als Ausgangspunkt	82
bbb) Die Entwicklung bis zum BGB	84
bb) Genetische Interpretation	87
c) Der Bedeutungszusammenhang und die Systematik des Gesetzes - insbesondere das Verhältnis von § 1018 zu § 1019	89
d) Teleologische Methode	95
e) Ergebnis der bisherigen Untersuchung	100

	<u>Seite</u>
IV. Abgrenzungsversuche in der Literatur und ihre Verwertbarkeit	101
V. Eigener Abgrenzungs- und Definitionsversuch	110
1.) Servitus in faciendo consistere nequit und ein Vergleich zur Reallast	111
a) Falscher Ausgangspunkt der Rechtsprechung in der tatsächlichen Würdigung der zu beurteilenden Sachverhalte	120
b) Die konsequente Durchführung dieses Grundsatzes	130
c) Ergebnis	149
2.) Die Frage nach der richtigen Interessenbewertung	150
3.) Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse zu einer Formulierung des Inhalts des Begriffs "gewisse Handlungen"	155
4.) Diesem Ergebnis möglicherweise noch entgegenstehende Gesichtspunkte	155
a) numerus clausus	155
b) Wirtschaftliche Folgen	157
VI. Vergleich zum schweizerischen Zivilrecht	163
1.) Gesetzesfassung	163
2.) a) Die Rechtsprechung	170
b) Die Literatur	181
3.) Ergebnis	189
VII. Zusammenfassung	190

Literaturverzeichnis

- | | |
|-------------|---|
| Baur | Lehrbuch des Sachenrechts,
3. Auflage,
Berlin und München 1966 |
| Bernhardt | Wettbewerbsverbote als In-
halt einer Grunddienstbar-
keit,
NJW 1964, 804 f. |
| Dittus | Grenzen der Anwendbarkeit
von Servituten,
NJW 1954, 1825 ff. |
| Droste | Anmerkung zur sog. Flaschen-
bierentscheidung des BGH,
GRUR 1962, 200 f. |
| Eberlein | Die Stellung der Reallasten
im Rechts- und Wirtschafts-
leben der Gegenwart,
Diss. Heidelberg 1927 |
| Eichler | Institutionen des Sachen-
rechts,
II. Teil, Bd. 2, Berlin 1960 |
| Erman-Ronke | Kommentar zum BGB,
2. Auflage,
Münster 1962 |
| Grasmüller | Zur volkswirtschaftlichen Be-
deutung und rechtsdogmati-
schen Abgrenzung von Nieß-
brauch, Grunddienstbarkeit
und beschränkt persönlicher
Dienstbarkeit,
Diss. Nürnberg 1960 |

- Gürtler Der Anspruch auf ein positives Tun als Inhalt der Grunddienstbarkeit, insbesondere im Grundbuch und in der Zwangsvollstreckung, Diss. Breslau 1928 - Auszug
- Hirsch Die Übertragung der Rechtsausübung, 1. Teil, Allg. Lehren, Berlin 1910
- Kaiser Die Verwendung von Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten zu Wettbewerbszwecken, insbesondere als Mittel der Wettbewerbsbeschränkung, Diss. Köln 1964
- Kaser Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das Alt-römische, Das Vorklassische und Klassische Recht, München 1955
- Kaser Römisches Privatrecht, Studienbuch, 4. Auflage, München und Berlin 1965
- Koch Die rechtliche Natur der Reallasten, Diss. Göttingen 1927
- Kohler Beiträge zum Servitutenrecht, AcP 87, 157 ff.
- Knöchlein Wettbewerbs- und Verkaufsbeschränkungen als Inhalt von Dienstbarkeiten, BB 1961, 589 ff.

- Krawietz Das positive Recht und seine
Funktion,
Berlin 1967
- Landmann-Rohmer Kommentar zur Gewerbeordnung,
Eyermann-Fröhler 12. Auflage, Stand Juli 1964,
München und Berlin
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft,
Berlin 1960
- Leemann Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch,
Bd. IV, II. Abteilung,
Bern 1925
- Lehmann Die Unterlassungspflicht im
bürgerlichen Recht,
München 1906
- Liver Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch,
IV. Band, 2. Teil a) Das Sachen-
recht, 2. Auflage,
Zürich 1951 ff.
- Meisner-Ring Nachbarrecht in Bayern,
5. Auflage,
Berlin 1961
- Motive Motive zu dem Entwurf eines
Bürgerlichen Gesetzbuches für
das Deutsche Reich, Bd. III,
Berlin 1888
- Müller Der Inhalt der Grunddienstbar-
keiten nach dem bürgerlichen
Gesetzbuch,
Diss. Göttingen 1919

- Schatzmann Eintragungsfähigkeit der dinglichen Rechte und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters,
Diss. Bern 1939
- Soergel-Siebert-Baur Kommentar zum BGB (Sachenrecht),
9. Auflage,
Stuttgart 1960
- Sohm-Mitteis-Wenger Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts,
17. Auflage,
Berlin 1949
- Surén Begrenzung des Inhalts der Grunddienstbarkeiten,
Diss. Breslau 1918
- Stammreich Die dingliche Sicherung der Darlehens- und Bierbezugsverträge der Brauereien,
Diss. Breslau 1932
- Stumpf Die Regelung der Reallasten in Bayern seit 1756,
Diss. München 1953
- Tuor Das schweizerische Zivilgesetzbuch. Eine systematische Darstellung,
7. Auflage,
Zürich 1965
- Walberer Die Belastung i.S. von § 1018 BGB bei Wettbewerbsverboten,
NJW 1965, 2138 ff.
- Wehrens Die Tankstellendienstbarkeit im Grundbuch,
DNotZ 1953, 386 ff und
DNotZ 1963, 24.

- Westermann Lehrbuch des Sachenrechts,
5. Auflage,
Karlsruhe 1966
zitiert: Westermann
- Westermann Das Verhältnis zwischen Berg-
bau und öffentlichen Verkehrs-
anstalten als Gegenstand rich-
terlicher und gesetzgeberischer
Bewertung,
Köln und Opladen 1964/1966.
Zitiert: Das Verhältnis
- Westermann Interessenkollisionen und ihre
richterliche Wertung bei den
Sicherungsrechten an Fahrnis
und Forderungen,
Karlsruhe 1954 zitiert: Inter-
essenkollisionen
- Westermann Wesen und Grenzen der richter-
lichen Streitentscheidung in
Zivilrecht,
Münster 1955, zitiert: Wesen
und Grenzen
- Wolff-Raiser Lehrbuch des Sachenrechts,
10. Bearbeitung,
Tübingen 1957
- Zerbe Unterlassungen als Inhalt
von Reallasten,
Diss. Breslau 1910

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, gültig ab 1. Juni 1794
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG(Z)	Bayerisches Oberstes Landesgericht, auch Entscheidungssammlung in Zivilsachen (Jahr und Seite)
BayBauO	Bayerische Bauordnung vom 1. August 1962
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bonner Grundgesetz vom 23. Mai 1949
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen (Band und Seite)

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift (Jahr und Seite)
GBO	Grundbuchordnung
GewO	Gewerbeordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 3. Januar 1966
h.M.	herrschende Meinung
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (Band und Seite), wenn nicht anderes angegeben Abteilung A
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
NJW	Neuer Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)

OIG	Oberlandesgericht (mit Ortsnamen), zugleich Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band und Seite)
RG	Reichsgericht
RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rpfl.	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr und Seite)
RR	Regierungsrat
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
vgl.	vergleiche
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

1. Einleitung und Problemstellung

Nach § 1018 BGB ¹⁾ kann ein Grundstück in der Weise mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden, daß

- 1.) es der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks in einzelnen Beziehungen benutzen darf, daß
- 2.) auf dem belasteten Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen und daß
- 3.) die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt.

In der gleichen Weise kann ein Grundstück gemäß § 1090 mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belastet werden. Daher gilt das im Laufe der Arbeit für den möglichen Inhalt einer Grunddienstbarkeit Gesagte in gleichem Umfang für den Inhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit, ohne daß darauf immer besonders hingewiesen werden wird. Der allein in der Person des Berechtigten liegende Unterschied zwischen einer Grunddienstbarkeit und einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit wird an späterer Stelle noch genauer zu kennzeichnen sein.

Die Möglichkeit einer Grundstücksbelastung gemäß der §§ 1018/1090 hat für das menschliche Zusammenleben besonders in wirtschaftlicher Hinsicht herausragende Bedeutung. Die Verding-

1) §§ ohne Gesetzesangabe sind im folgenden solche des BGB

lichung von Wettbewerbsverboten an Nachbargrundstücken sowie die Verdinglichung von Verkaufsbeschränkungen sind Ziele, die die Wirtschaft im Konkurrenzkampf verfolgt. Die moderne Wirtschaft strebt mehr und mehr Warenverkaufsstellen an, die ausschließlich auf den Vertrieb der Erzeugnisse eines bestimmten Herstellers konzentriert sind, wie z.B. bei Markenartikeln. Dies kann neben einer gewissen Stetigkeit und Gleichmäßigkeit des Absatzes seinen besonderen Grund auch noch darin haben, daß eben dieser Hersteller Geldmittel zur Errichtung einer solchen Verkaufsstelle in diese investiert hat. Neben der Stetigkeit des Absatzes ermöglichen solche Verkaufsstellen es, die besonderen Eigenschaften und Vorzüge einer Ware herauszustellen. Verkaufsstellen solcher Art finden sich insbesondere bei Treibstoffen, Brauereiprodukten, Kraftfahrzeugen und ähnlichen bedeutungsvollen Bedarfsartikeln. Die dauernde Sicherung einer Verkaufsstelle als Belastung des Grundstücks und damit eines festen Kundenkreises ist das Interesse der Hersteller, die allerdings nicht immer durch schuldrechtliche Verträge ausreichend gegeben ist, besonders wenn für die Einrichtung durch den Hersteller größere Aufwendungen gemacht worden sind.

Neben der Sicherung wettbewerblicher Interessen dient die Grunddienstbarkeit auch stark der Gestaltung nachbarrechtlicher Verhältnisse. Dabei ist insbesondere an Wegerechte für den Eigentümer eines benachbarten Grundstücks, Leitungsrechte und Rechte zu verstärkter Immission zu denken.

Das BGB gibt keine genaue Definition der Grunddienstbarkeit, sondern beschränkt sich darauf, in § 1018 einen allgemeinen gesetzlichen Rahmen zwingenden Inhalts in Form der oben genannten, abstrakten drei generellen Belastungsmöglichkeiten zu geben. In jedem einzelnen Fall muß daher geprüft werden, ob sich der von den Parteien vereinbarte Inhalt unter eine dieser Möglichkeiten subsumieren läßt.

Die Schwierigkeiten, die dabei auftauchen, über die Gesetzesformulierung hinausgehende, alle Fälle betreffende Kriterien für die zulässige Inhaltsbestimmung zu finden, sind jeweils bei den drei genannten Belastungsmöglichkeiten verschieden. Das überrascht nicht bei genauer Betrachtung der vom Gesetz gewählten Formulierung. Dittus²⁾ Behauptung, die Rechtsordnung stecke sorgsam die Grenze ab, wie sich aus den Definitionen der §§ 1018, 1090 ergebe, innerhalb derer sich dienstbarkeitsrechtliche Rechtsbegründungen zu halten hätten, kann, soweit er damit die Schwierigkeit der Bestimmbarkeit eines zulässigen Inhalts meint, nur für die erste und zweite Belastungsmöglichkeit zugestimmt werden. Denn "das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen" ist eine inhaltliche klare Formulierung, die zwar auch eine Fülle von Handlungen umfaßt, die aber durch das Abstellen auf das Benutzen des Grundstücks als positive Handlung des Berechtigten ein genaues inhaltsbestimmendes Kriterium hat. "In einzelnen Beziehungen" soll dabei nur den Gegensatz zur Vollnutzung beim Nießbrauch herausstellen.

2) NJW 1954, 1825

Auch für die dritte Gestaltungsmöglichkeit zieht das Gesetz selbst relativ enge Zulässigkeitsgrenzen, indem es nur den Ausschluß solcher Rechte zuläßt, die sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück gegenüber dem herrschenden Grundstück ergeben. Damit ist der Anwendungsbereich dieser Gestaltungsmöglichkeit des Gesetzes auf den Ausschluß nachbarrechtlicher Befugnisse beschränkt und bietet in diesem engen Bereich keine nennenswerten Schwierigkeiten bei der Inhaltsbestimmung.

Anders zu beurteilen ist dagegen die zweite Belastungsmöglichkeit, die Möglichkeit des Ausschlusses "gewisser Handlungen" auf dem Grundstück, das damit belastet werden soll. In dieser ganz abstrakt gehaltenen, tatbestandsmäßig nicht weiter umrissenen Formulierung bietet sich eine Fülle von Gestaltungsmöglichkeiten an. Sie ist daher einer Anpassung an die jeweiligen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs besonders zugänglich. Aus diesem Grunde bildet der Ausschluß "gewisser Handlungen" auf dem belasteten Grundstück neben der häufig vorkommenden Nutzung auch einen wichtigen Anwendungsfall in der Rechtspraxis. Es ist die fehlende tatbestandsmäßige Einengung der Möglichkeit, "gewisse Handlungen" zu verbieten (sog. negative Dienstbarkeit³⁾), die zu dogmatischen Problemen führt und die die Frage aufwirft, ob die Rechtsprechung dieser

3) Der Begriff Dienstbarkeiten wird im folgenden nur als Oberbegriff für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten verwandt, soll sich also in seinem Umfang nicht mit der im BGB verwandten Überschrift im 5. Abschnitt des Sachenrechts decken.

notwendigen Tatbestandsbestimmung in befriedigender Weise gerecht geworden ist. Immerhin hat sie sich z.B. in jüngster Zeit von Walberer ⁴⁾ den Vorwurf machen lassen müssen, daß ihre Argumentation zur "Belastung" im Sinne des § 1018 in seiner zweiten Belastungsmöglichkeit mehr der geistvolle Einfall eines gründlichen Juristen vor über 60 Jahren sei, der weder dem Gesetz noch den Forderungen der Praxis entspreche, als daß sie den Willen des Gesetzgebers wiedergebe.

Die vorliegende Arbeit will daher den Versuch unternehmen, eine möglichst klare und dem Zweck einer Grundstücksbelastung entsprechende Inhaltsbestimmung der Möglichkeit, "gewisse Handlungen" auf dem Grundstück zu verbieten, vorzunehmen. Zu der in der Themenstellung gewählten Formulierung einer "zweckgerechten" ⁵⁾ Inhaltsbestimmung ist hier als Ausgangspunkt für die späteren einzelnen Untersuchungen folgendes zu bemerken. Zweck im Recht ist etwas Gewolltes, etwas bewußt Erstrebtes. Dem Zweck liegt eine Absicht zugrunde. In der Norm ist das Mittel zu erblicken, den beabsichtigten Zweck zu verwirklichen und zu erreichen. Das intendierte Ziel, das mit einer Norm verwirklicht werden soll, kann als der Zweck einer Norm bezeichnet werden. Diese Zielsetzung, die sich z.B. aus einer Abwägung von Interessen

4) NJW 1965, 2138 ff.

5) Geht man davon aus, daß eine objektive und Gültigkeit beanspruchende Inhaltsbestimmung einer Norm immer auch zweckgerecht sein muß, so ist mit diesem Zusatz in der Themenstellung insoweit nichts Neues gesagt. Er soll hier der Betonung und Hervorhebung dienen.

nach wirtschaftlichen Nützlichkeitsgesichtspunkten ergeben kann, ist daher für eine zweckgerechte Inhaltsbestimmung aufzudecken, und die Anwendung der Norm ist an dieser als gewollt erkannten Zielsetzung zu messen. Dabei ist für die später folgenden einzelnen Untersuchungen zu beachten, daß jede positive Rechtsregel nicht sich selbst Zweck ist, sondern als praktisch anzuwendende stets weiteren praktischen Zwecken dient⁶⁾. Diejenige Inhaltsbestimmung, die der Zielsetzung einer gesetzlichen Regelung dient und die auf die Interessen der unmittelbar Beteiligten sowie der Bewertung dieser Interessen innerhalb der Rechtsordnung Rücksicht nimmt, wird somit als zweckgerecht gelten können.⁷⁾.

-
- 6) So hat z.B. das Verkehrsrecht nicht nur das Ziel und den Sinn, Regeln für den Verkehr um dieser Regeln willen aufzustellen, sondern seine Regeln dienen dem weiteren Zweck, die körperliche Sicherheit und das Eigentum der Verkehrsteilnehmer zu schützen.
- 7) Die zweckgerechte Inhaltsbestimmung nähert sich dann notwendig einer funktionellen Betrachtung. Das rührt daher, daß die Frage nach dem Zweck einer Norm einer der wesentlichen Bestandteile einer funktionellen Betrachtung ist. Das wiederum wird daran deutlich, wenn man das Wort Funktion auf seinen Gehalt hin untersucht, der schon in der sprachlichen Verwendung zum Ausdruck gelangt. Im Lateinischen bedeutet *functio* Verrichtung. Verrichtung erfolgt immer in einem bestimmten Beziehungszusammenhang, ist also auf etwas Bestimmtes (ein Ziel) gerichtet. So läßt sich sagen, daß Funktion einerseits Tätigkeit als die auf Erreichung eines bestimmten Zweckes gerichtete Verrichtung meint, andererseits aber auch die Zweckbestimmung dieser Tätigkeit als solche, die mit einer Tätigkeit zu erfüllende Aufgabe und die in Erfüllung dieser Aufgabe durch die Tätigkeit liegende Leistung. Vgl. dazu im einzelnen Krawietz, a.a.O. S. 39 ff.

Die sich danach ergebenden einzelnen Grundsätze, die für die Entscheidung einer zweckgerechten Inhaltsbestimmung maßgebend sind, sollen jeweils dann aufgezeigt werden, wenn die verschiedenen, von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien auf ihre dogmatische Grundlage hin geprüft werden, und wenn eingehend untersucht wird, ob sich eine einschränkende Auslegung der §§ 1018/1090 rechtfertigen läßt. Insbesondere wird dort dann zu untersuchen sein, ob § 1018 offensichtlich oder überhaupt ein Recht mit besonders beschränktem Inhalt zulassen will und, falls das der Fall ist, worin diese Beschränkung bestehen soll und welche Gesichtspunkte für eine solche Begrenzung maßgebend sein könnten. Dabei wäre an Überlegungen zu denken, die der Frage nach der Verwirklichung des Eigentumsschutzes, der Interessenabwägung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten oder vielleicht auch der Raumgestaltung entspringen könnten.

Bei dem Versuch der Inhaltsbestimmung der Möglichkeit, "gewisse Handlungen" auf dem Grundstück zu verbieten, soll es dabei weniger um eine umfassende Darstellung der Fülle der Rechtsprechung zu dem möglichen Inhalt einer negativen Dienstbarkeit gehen, als um den Versuch, die grundsätzlichen Abgrenzungskriterien herauszuarbeiten und sie gegebenenfalls zu korrigieren. Dabei kann in dem insoweit darstellenden Teil allerdings auf ein Zurückgehen bis zu den ersten obergerichtlichen Entscheidungen nicht verzichtet werden, weil nur von daher die Entwicklung der Rechtsprechung gesehen werden kann, die dann auch möglicherweise Anhaltspunkte für die spätere

Auseinandersetzung mit ihr bietet.

II. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit

1.) Die Rechtsprechung bis zur ersten BGH-Entscheidung

Die erste grundlegende Entscheidung zum zulässigen Inhalt einer negativen Dienstbarkeit fällte das Kammergericht im Jahre 1902. Das Problem der Abgrenzung der verbotbaren Handlungen stellte sich somit recht bald nach Inkrafttreten des BGB und zwar bei der sog. Bier-servitut.

Nach Ansicht des KG ⁸⁾ ging es darum, daß auf einem Grundstück der Ausschank anderer Biere als solcher aus der bezeichneten Brauerei nicht vorgenommen werden durfte. Daß das Ausschänken von Bier die Vornahme einer Handlung auf dem Grundstück und also dem Wortlaut nach dessen Verbot zulässig ist, stellte das KG zwar ausdrücklich fest, aber es verneinte das Vorliegen einer Belastung des Grundstücks und damit die Zulässigkeit der Eintragung eines solchen Dienstbarkeitsinhalts trotzdem, indem es folgende Differenzierung vornahm: Es führte aus,

8) KGJ 24 A 241 ff. Die so betont auf die Vorstellung des KG abgestellte Formulierung ist deswegen gewählt, weil hier nur gezeigt werden soll, von welchem Sachverhalt das KG ausging und wie es diesen rechtlich gewürdigt hat.

daß nur solche Handlungen verboten werden könnten, die kraft des Eigentums an dem belasteten Grundstück an sich erlaubt seien und eine Benutzung dieses Grundstücks, ein Verfahren mit ihm, eine Einwirkung darauf enthielten, nicht aber sonstige Handlungen, insbesondere nicht solche, welche kraft der persönlichen Freiheit des Grundstückseigentümers oder kraft der Freiheit seines Gewerbebetriebes sonst gestattet seien ⁹⁾. Im Anschluß daran folgte es daher weiter, daß demnach in der Regel der Betrieb bestimmter Gewerbe überhaupt verbotbar sei, z.B. der Gast- und Schankwirtschaft, da dieser eine bestimmte Art der Benutzung des Grundstücks zur Folge habe, gewisse Einrichtungen auf ihm erfordere, einen öffentlichen Verkehr auf ihm eröffne und andere Wirkungen auf das Grundstück ausübe. Ein Verbot werde auch darin bestehen können, etwa nur Wein oder nur Bier oder dies nur zu einem Mindestpreis auszuschänken, weil damit eine verschiedene Art des Verkehrs und damit der Benutzung herbeigeführt werde. Aber eine Änderung in der Benutzung des Grundstücks bei ausschließlichen Ausschank von Bier aus einer bestimmten Brauerei könne nicht angenommen werden, jedenfalls seien aber keinerlei Tatsachen vorgebracht, aus denen sich eine verschiedene Benutzung des Grundstücks ergebe.

Hierzu ist festzustellen, daß damit noch nicht grundsätzlich die Zulässigkeit einer Bier-

9) Diesen Grundsatz hat das KG noch mehrfach wiederholt, vgl. KG in OLG 5, 154; 15, 371. Ähnlich auch Stimmen in der damaligen Literatur, z.B. Kohler in AcP 87, 174 ff.

servitut als solche ausgeschlossen wurde. Damit aber zeigt die Entscheidung eine gewisse Unsicherheit, wenn nämlich die Möglichkeit einer Bierservitut letztlich offen gelassen wird und, so muß es jedenfalls verstanden werden, die Ablehnung der Eintragung im Ergebnis auf den fehlenden Nachweis entsprechender Tatsachen gestützt wird ¹⁰⁾.

Diese Unsicherheit überhaupt an der Unterscheidung von Handlungen, die kraft des Eigentums am Grundstück erlaubt sind und solchen, die kraft der persönlichen oder gewerblichen Freiheit gestattet sind und die Unzufriedenheit auch darüber, eine Eintragung nur an dem fehlenden Nachweis von Tatsachen für die Verschiedenheit in der Benutzung scheitern zu lassen, haben möglicherweise mit dazu geführt, daß das KG ¹¹⁾ sechs Jahre später hat zugeben müssen, daß Handlungen, die eine Ausübung der aus dem Eigentum fließenden Befugnisse darstellen, unter § 1018 auch dann fallen, wenn sie zugleich nach den Grundsätzen der persönlichen oder gewerblichen Freiheit sonst allgemein gestattet sind. Der entscheidende Grund zur Preisgabe dieser, die bis dahin ergangenen Entscheidungen tragenden Differenzierung ist aber allein darin zu sehen, wie Wolff ¹²⁾ die Konstruktion des KG mit einem Satz widerlegt hat: Wer seine Freiheit auf seinem Grundstück betätigt, übt seine Freiheit aus, indem er sie betätigt, und sein Eigentum, indem er es auf seinem Grundstück

10) Der Nachweis solcher Tatsachen wird also grundsätzlich für möglich gehalten. Vgl. die gleiche Argumentation des KG in OLG 5, 154 und OLG 15, 371.

11) KGJ 36 A 216 (219); 52 A 173 (178).

12) Jetzt Wolff-Raiser S. 434.

betätigt. Diese Formulierung wird man noch mit dem Gedanken ergänzen können, daß Rechte aus dem Eigentum und aus der persönlichen Freiheit des Grundstückseigentümers zwei sich schneidende Kreise darstellen, weil ein sich gegenseitig ausschließender Unterschied zwischen den beiden Begriffen nicht festzustellen ist. Nicht in erster Linie die Gewerbefreiheit gibt dem Eigentümer die Berechtigung zum Bierausschank auf dem Grundstück, sondern das Eigentum. Denn das Besondere, was das Wettbewerbsverbot als Gegenstand einer Grunddienstbarkeit erscheinen läßt, liegt darin, daß die an sich allgemein zulässige Maßnahme eben gerade auf dem Grundstück verboten sein soll. Die Unbrauchbarkeit dieser Unterscheidung kehrt dann auch in nachfolgenden Entscheidungen wieder ¹³⁾.

13) Vgl. BayObLG JW 1928, 1513; OLG Saarbrücken DNotZ 1953, 413; BayObLGZ 1953, 298 f., sowie das dort angegebene Schrifttum. Gegen Wolff-Raiser aber noch in jüngster Zeit Bernhardt, NJW 1964, 804, der diese Unterscheidung für sinnvoll hält. Ob Bernhardt die von Wolff gemeinte Unbrauchbarkeit dieser Unterscheidung richtig verstanden hat, erscheint zweifelhaft, allein schon, wenn er rechtsgeschäftliche und persönliche Freiheit, so scheint es, unrichtigerweise gleichsetzt; aber auch deshalb, weil er damit die entscheidende Zielrichtung der Wolff'schen Formulierung verkennt, daß eben nur nach der Beschränkung der aus dem Eigentum fließenden Rechte des Eigentümers des belasteten Grundstücks zu fragen ist, und nicht danach, ob auch oder gleichzeitig durch sie andere Rechte beeinträchtigt werden. Gerade die Möglichkeit der Gleichzeitigkeit der Beeinträchtigung der verschiedenen Rechtskreise bewirkt, daß ein unterscheidbares Kriterium, i.S. von sich gegenseitig ausschließend, aus ihnen nicht entnommen werden kann.

Wenn in späteren Entscheidungen ¹⁴⁾ doch noch eine Formulierung auftaucht, wie "diese Befugnis ist aber nicht Ausfluß des Eigentümerrechts Eingeschränkt ist der Eigentümer vielmehr in seiner persönlichen oder gewerblichen Freiheit", dann steht das dem bisher Gesagten nur scheinbar entgegen; denn hier wird zuerst festgestellt, daß eine Beschränkung der Eigentümerrechte nicht gegeben ist und nur die Einschränkung in der persönlichen Freiheit übrig bleibt, also nicht einmal ein Nebeneinander dieser beiden Beschränkungsmöglichkeiten vorliegt, während das KG darin noch zwei sich als Grundstücksbelastung ausschließende Begriffe sah, was aber - wie oben gezeigt - nicht der Fall zu sein braucht.

Konnte diese Differenzierung, wie noch bei der ersten KG-Entscheidung, die Ablehnung der Eintragung einer sog. Bierservitut nicht mehr tragen, so hat man doch mit einer weiteren Ausdeutung, wie die Beschränkung der nach § 903 dem belasteten Grundstückseigentümer zustehenden Rechte auszusehen habe, das gleiche Ergebnis erzielt ¹⁵⁾.

Aus § 903 hat man erst den Grundgedanken hergeleitet, daß die Eigentumsbelastung nur Eigentümerbefugnisse einschränken oder ausschließen soll, es sich also um eine Benutzung des Grundstücks, ein Verfahren mit ihm handeln muß.

14) z.B. BayObLGZ 1952, 288; OLG Saarbrücken DNotZ 1953, 413.

15) vgl. BayObLGZ 1953, 295 ff. und Anm. 14

Daraus hat man dann, unter besonderer Betonung, daß durch den Verbotszustand eine geänderte Benutzung eintreten müsse, weiter gefolgert, daß die jeweilige Beschränkung als Dienstbarkeit nur dann zulässig sei, wenn sie sich im tatsächlichen Gebrauch oder in der tatsächlichen Beschaffenheit des Grundstücks, insbesondere in seinem nach außen in Erscheinung tretenden Verkehrscharakter auswirke ¹⁶⁾. Das BayObLG ¹⁷⁾ setzt sich in diesem Sinne mit etlichen Argumenten für und gegen die Annahme einer Verkehrscharakteränderung auseinander, wenn es bezüglich einer bestimmten Biersorte die Bedeutung von Krügen, Gläsern, Untersätzen und sonstigem Inventar mit der Aufschrift der bestimmten Brauerei prüft, das äußere Erscheinungsbild des Grundstücks auf Grund einer unterschiedlichen Reklame untersucht und schließlich Betrachtungen über die Art des in einer Gaststätte verkehrenden Publikums anstellt, wobei es davon ausgeht, daß sich das Publikum hauptsächlich nach Lage und Innengestaltung der Gaststätte bestimme. Bei allen vorhandenen Unterschieden wird allerdings im Endergebnis die Änderung des Verkehrscharakters und mit ihr eine die Eigentumsbefugnisse am Grundstück einschränkende Grundstücksbelastung

16) So zuerst schon das KG in KGJ 36 A 216 und dann das RG 111, 384 (allerdings beide zur Frage der Zulässigkeit einer sog. Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit, die unten dargestellt werden wird); später dann BayObLGZ 1952, 288; OLG Saarbrücken DNotZ 1953, 411/412 und, die bis dahin ergangene Rechtsprechung bestätigend, BayObLGZ 1953, 299. Aus den Ausführungen der letzteren Entscheidung insbesondere ergibt sich das Verlangen nach äußerlich erkennbarer Änderung in der Benutzung.

17) BayObLGZ 1953, 299 (unten)/300.

verneint 18).

Die gleichen Abgrenzungskriterien für die Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit, wie sie sich für die sog. Bierservitut und somit alle ähnlich gelagerten Verkaufs- und Wettbewerbsbeschränkungen herausgebildet haben, sind parallel bei der Frage nach der Zulässigkeit eines sog. Wohnungsbesetzungsrechts entwickelt worden. Dabei ist das Wohnenlassen gleich wie das Ausschänken von Bier eine tatsächliche Handlung, die kraft des Eigentums am Grundstück und nicht nur nach Grundsätzen der persönlichen oder der Gewerbefreiheit erlaubt ist. Im Unterschied nun zum Ausschänken einer bestimmten Biersorte ist das Wohnenlassen bestimmter Personen ein von der Rechtsprechung zugelassener Inhalt einer negativen Dienstbarkeit.

So führt das RG 19) in Bezugnahme auf das KG 20) aus: "Mit Recht ist in der angefochtenen Entscheidung, wo die Beschränkung dahin ging, daß das Haus nur von Familien ohne Kostgänger bewohnt werden dürfe, darauf abgestellt, ein nur in diesem eingeschränkten Maße bewohntes Haus habe einen anderen Verkehrscharakter, werde

18) Auf die Richtigkeit der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse soll hier nicht weiter eingegangen werden. Erwähnt sei nur, daß, wenn man, wie es das KG tat, davon ausgeht, daß durch den Ausschank verschiedener Getränke die Art des Verkehrs auf einem Grundstück und damit die Benutzung des Grundstücks beeinflußt werde, man dies dann auch zugeben muß für den Ausschank von Bieren aus verschiedenen Brauereien. Denn es handelt sich dann nur noch lediglich um feinste graduelle Unterschiede in der Benutzung, die eine klare, mit Worten wiederzugebende Abgrenzung nicht mehr zulassen. (vgl. auch Lehmann S. 160)

19) RGZ 111, 395

20) KGJ 36 A 216

anders benutzt und sei auch anders zu unterhalten als ein Haus, wo Familien verschiedener Stände oder zahlreiche Familien oder Kostgänger wohnten, woraus zutreffend der rechtliche Schluß gezogen wird, daß diese Beschränkung den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden könne." In dem speziellen Fall bejahte das RG ²¹⁾, daß sowohl in der Beschränkung auf Landarbeiter wie in der Ausschließung "Fremdstämmiger" in ausreichendem Maße Momente hervorträten, die auf eine Verschiedenheit in der tatsächlichen Benutzung hinwiesen und in dieser vorgeschriebenen Beschränkung des Bewohnens dem Haus ein anderer Verkehrscharakter gegeben werde. In jüngerer Zeit hat das KG ²²⁾ dann eine Dienstbarkeit mit dem Inhalt zugelassen, daß eine bestimmte Anzahl näher bestimmter Wohnungen nur von Bundesbediensteten bewohnt werden dürfe, wobei es in den Leitsatz noch einen von den üblichen Begründungen abweichenden Zusatz aufnahm, nämlich "da damit ein zulässiger Zweck mit privatrechtlichen Mitteln verwirklicht werden soll" ²³⁾.

21) RGZ 111, 396

22) NJW 1954, 1245

23) Auf seine Bedeutung für die kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung ist an späterer Stelle einzugehen. In den Gründen heißt es dazu: "... daß für die Dienstbarkeiten der hier beantragten Art ein wirtschaftliches Bedürfnis besteht. Dann ist es aber Aufgabe der Rechtsprechung, dieser wirtschaftlichen Entwicklung zu folgen und die in Betracht kommenden Vorschriften, sofern nicht zwingende Gründe entgegenstehen, in einem Sinn auszulegen, der geeignet ist, eine gesunde wirtschaftliche Entwicklung zu fördern. Das Wohnraumbedürfnis auch für Bundesbedienstete in Berlin ist unbestreitbar."

Auch für ein Wohnungsbesetzungsrecht nur für Bundesbedienstete wird erklärt, daß durch diese der Eigentümerin auferlegte Beschränkung das Grundstück einen anderen Verkehrscharakter erhalte, denn dieses Bewohnen bringe eine andere Benutzung und Unterhaltung mit sich, wobei allerdings die Tatsache, daß die Lebensweise der Bundesbediensteten im wesentlichen derjenigen eines großen Teils anderer großstädtischer Bevölkerung gleiche, hierfür ohne Bedeutung sei. Schon aus diesem zusätzlichen Hinweis, der die Auseinandersetzung mit dieser Frage zeigt, kann entnommen werden, daß die Änderung des Verkehrscharakters bei der Inhaltsabgrenzung nach wie vor, jedenfalls in der Vorstellung des KG, einen wesentlichen Punkt der Begründung bildet und sie nicht, wie das OLG Stuttgart ²⁴⁾ meint, nur als unverkennbare Hilfsbegründung anzusehen ist. Denn das KG sagt mit keinem Wort, selbst wenn es dem LG nur darin folgen will, weil dies daran festgehalten hat, warum daran nicht mehr festzuhalten sei. Weshalb aber das OLG Stuttgart zu dieser Behauptung hinsichtlich der Begründung durch das KG gelangt, ist einmal deswegen erklärlich, weil es in dem Leitsatz seiner Entscheidung heißt: "Stellen sich die vermöge einer Dienstbarkeit verbotenen Handlungen ohnehin als Ausfluß des Eigentümerrechts dar, so ist es nicht erforderlich, daß ihre Vornahme bzw. Unterlassung den Verkehrscharakter des Grundstücks beeinflusst" - was bedeuten muß, daß das OLG Stuttgart nicht mehr so wie bisher auf die Änderung

24) MDR 1956, 680. Auf die Frage, ob dem KG in der Behauptung, daß überhaupt eine Änderung des Verkehrscharakters vorliege, gefolgt werden kann, ist an späterer Stelle genauer einzugehen, vgl. unten II 3 d.

des Verkehrscharakters abstellen möchte, ohne aber eben dem KG widersprechen zu wollen -, und zum anderen deshalb erklärlich, weil etwas diesen Leitsatz Rechtfertigendes - das Ergebnis deckt sich ja mit dem der KG-Entscheidung - den Gründen der KG-Entscheidung nicht zu entnehmen ist.

Dieser neue Versuch, zwischen einem Verbot von Handlungen, die sich ohnehin als Ausfluß des Eigentums darstellen und von Handlungen, die dieses Erfordernis nicht erfüllen, zu unterscheiden, muß festgehalten werden und ist später noch auf seine Brauchbarkeit zu untersuchen. Dabei ist noch wichtig, daß der Ausschluß der Handlungen, die sich nicht ohnehin als Ausfluß des Eigentums darstellen, als Inhalt einer Dienstbarkeit nur bei Änderung des Verkehrscharakters zulässig sein soll. In der Entscheidung des OLG Stuttgart findet dieser neue Unterscheidungsversuch seine Begründung in der Feststellung, daß die Gewährung einer Wohnung in einem auf dem Grundstück errichteten Gebäude eine aus dem Eigentum fließende Benutzung des Grundstücks sei, also sich "ohnehin als Ausfluß des Eigentümerrechts" darstelle, womit jedenfalls für den zu entscheidenden Fall gesagt sein sollte, daß auf die Prüfung der Änderung des Verkehrscharakters verzichtet werden könne. Denn, so wird weiter argumentiert, es könne hier an einer inneren Beziehung der Verpflichtung zum Eigentumsrecht niemals fehlen, wenn die mietweise oder anderweitige Besitz- und Gebrauchsüberlassung an bestimmte Personen oder wie hier an einen ganz genau begrenzten Personenkreis in Frage stehe. Eine Beschränkung wird dann aber

für ähnliche Fälle noch dahingehend gemacht:
"Ob der Einfluß auf den Verkehrscharakter des Grundstücks wenigstens dann Bedeutung gewinnen könnte, wenn sowohl nach dem Inhalt der Eintragung als auch nach dem erkennbaren Interesse des Berechtigten nicht die Individualität des begünstigten Mieters oder Mieterkreises, sondern nur eine abstrakte Eigenschaft potentieller Mieter wesentlich erscheint, kann da-
hinstehen."

Damit sind die bis zu diesem Zeitpunkt entscheidenden Abgrenzungskriterien für die Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit dargestellt.

2.) Die grundlegende BGH-Entscheidung

a) Der Vorlagebeschluß des OLG Hamm

Dazu, daß sich der BGH mit dem zulässigen Inhalt einer negativen Dienstbarkeit zu befassen hatte, kam es durch einen Vorlagebeschluß des OLG Hamm ²⁵⁾. Ähnlich dem Inhalt der sog. Bier-servitut handelte es sich dabei um folgende Eintragung: auf dem Grundstück dürfen andere Motorentreibstoffe sowie Fette und Öle als die der Firma B. nicht verkauft werden. Trotz der Absicht, in den grundlegenden Fragen nicht von den bisher von der Rechtsprechung ausgearbeiteten Rechtssätzen abzuweichen, ergeben sich

25) Rechtspfleger 1959, 25 F. Auch die BGH-Entscheidung ist im folgenden nach dem RpfL. zitiert, weil allein hier Vorlagebeschluß und BGH-Beschluß zusammen zu finden sind.

aus dem Beschluß doch entscheidende Abweichungen.

Grundsätzlich wird festgestellt ²⁶⁾, daß durch eine Dienstbarkeit mit dem obengenannten Inhalt der Eigentümer in keiner Weise in seiner persönlichen Freiheit beschränkt werde und ihm dadurch auch kein Abschluß- oder Kontrahierungszwang auferlegt werde, da er nicht gehindert sei, außerhalb des belasteten Grundstücks die Erzeugnisse anderer Firmen in beliebiger Menge zu vertreiben, eben nur das Grundstück dürfe nicht benutzt werden.

Weiter prüft das OLG die Frage, ob es sich bei der beantragten Eintragung um ein Verfahren mit der Sache, um eine Einwirkung auf das Grundstück und damit um eine verschiedenartige Benutzung handelt. Dabei bestätigt das OLG zwar, daß eine Beschränkung des Eigentümers in der rechtlichen Verfügung über das Grundstück ausscheiden müsse, da das Verbot körperliche Vorgänge an oder auf dem Grundstück betreffen müsse. Es wird aber als ausreichend für die Einwirkung auf das Grundstück angesehen, daß von der Eintragung Handlungen oder Unterlassungen betroffen werden, "die sich auf dem Grundstück vollziehen, ohne daß sich das Grundstück selbst irgendwie ändert". Als Beleg wird dazu erst einmal auf das Beispiel einer Nutzung des Grundstücks verwiesen, und zwar auf das Beispiel eines Wegerechts ²⁷⁾ auf einem Grundstück,

26) Rechtspfleger 1959, 26 I k. Sp.

27) Vgl. dazu noch unten III 1 c.

das immer nur als Weg benutzt worden sei und bei dem sich mit der Eintragung nur die Rechtslage des Eigentümers, den Berechtigten nun nicht mehr ausschließen zu können, ändere. Aber auch für das Wettbewerbsverbot wird ein Beispiel gebracht, wenn nämlich das Verbot eines Fotohandels als beschränkt persönliche Dienstbarkeit eingetragen werde, was einen Handel mit anderen optischen Erzeugnissen ja nicht ausschließe. Dann aber könne kaum die Rede davon sein, daß das Grundstück durch einen Handel mit Fotosachen anders benutzt würde als durch einen Handel mit sonstigen optischen Erzeugnissen. Es bestehe immer die Möglichkeit, daß ein dem verbotenen Gewerbebezweig verwandter Gewerbebezweig auf dem Grundstück betrieben werden kann, ohne daß sich die Benutzungsart des Grundstücks dadurch ändere. Die weitere Folgerung aus diesen Feststellungen ist, daß die bisherigen Entscheidungen es nicht in Wirklichkeit auf die Verschiedenartigkeit in der Benutzung abgestellt hätten, sondern auf die äußere Sichtbarkeit der unterschiedlichen Benutzungsmöglichkeiten. Auf eine solche äußere Sichtbarkeit stelle das Gesetz aber nicht ab. Daher kommt das OLG Hamm ²⁸⁾ zu dem Ergebnis: "Beschränkt sollen die Rechte des Eigentümers zur Vornahme von Handlungen auf oder an dem Grundstück sein. Es muß deshalb alles Gegenstand einer Dienstbarkeit sein können, was der Eigentümer seinerseits einem Dritten gestatten oder verbieten kann. Ob das nach außen hin erkennbar ist, ist belanglos, solange es nur überhaupt als körperlicher Vorgang erkennbar ist".

28) Rechtspfleger 1959, 26

Demnach wäre die obige Eintragung zulässig. Dabei weist das OLG Hamm in dem letzten Satz seiner Entscheidungsgründe nebenbei, i.S. von zusätzlich, auch noch darauf hin, daß die Eintragung im übrigen auch wirtschaftlichen Erwägungen entspreche. Auf diesen Gesichtspunkt, d.h. ob und in welchem Maße wirtschaftliche Überlegungen für eine zweckgerechte Inhaltsbestimmung heranzuziehen sind, ist an späterer Stelle noch einzugehen ²⁹⁾.

b) Die maßgebenden Abgrenzungskriterien des BGH

Mit den oben ausgeführten Erwägungen des OLG Hamm hatte sich der BGH ³⁰⁾ auseinanderzusetzen. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit kann nicht zum Inhalt haben, daß auf dem belasteten Grundstück keine anderen Erzeugnisse als die des Dienstbarkeitsberechtigten verkauft oder vertrieben werden dürfen.

Bevor der BGH das im einzelnen begründet, geht er noch kurz auf den in dem OLG-Beschluß nicht weiter behandelten anderen Inhalt der beantragten Dienstbarkeit ein und stellt fest, daß gegen die Zulässigkeit einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit des Inhalts, daß dem Berechtigten das alleinige Recht eingeräumt wird, auf dem belasteten Grundstück eine Tankstelle zu errichten und zu betreiben, und daß auf dem Grundstück keine Tankstelle von Konkurrenzunternehmen errichtet werden darf, keine Be-

29) Vgl. dazu unten V 4 b.

30) Rechtspfleger 1959, 123 ff. = BGHZ 29, 244 ff. = NJW 1959, 670 ff.

denken bestünden.

Hinsichtlich der Bindung des belasteten Grundstückseigentümers an den Vertrieb einer bestimmten, an einen Hersteller gebundenen Ware kommt dann der BGH zu folgenden einzelnen Ergebnissen:

aa) Nur tatsächliche, nicht rechtliche Verfügungshandlungen

Der BGH beginnt, um gleich zwei Handlungskomplexe deutlich voneinander zu trennen, mit der Feststellung, daß aus der Tatsache, daß Grunddienstbarkeiten eine Einschränkung der Rechte des Grundstückseigentümers zum Ziele hätten, ohne weiteres folge, daß es sich bei den zu verbietenden Handlungen um Maßnahmen tatsächlicher Art handeln müsse. Die Unterlassungspflicht dürfe daher nicht bloß eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthalten. Daraus ergibt sich dann die Unzulässigkeit von Dienstbarkeiten auf Unterlassung der Veräußerung, Teilung, Belastung, Verpachtung oder Vermietung des belasteten Grundstücks. Mit der Unterscheidung von tatsächlichen und rechtlichen Handlungen ist also, um das wegen einer weiter unten folgenden, auf den ersten Blick ähnlichen Unterscheidung zu betonen, der Gegensatz zwischen Handlungen an, auf und mit dem Grundstück tatsächlicher Art einerseits und rechtlichen als Verfügungshandlungen über das Grundstück andererseits gemeint.

- bb) Einschränkung der Rechte des Eigentümers
am Grundstück, nicht nur der rechtsgeschäft-
lichen Freiheit

Seit der ersten KG-Entscheidung im Jahre 1902 ist immer wieder zum Ausgangspunkt der Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit die Überlegung gemacht worden, den Kreis der verbotbaren Handlungen durch Rückgriff auf den in § 903 näher umschriebenen Eigentumsinhalt zu bestimmen, wonach der Eigentümer, vorbehaltlich Rechte Dritter, mit der Sache nach Belieben verfahren darf und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. So auch der BGH im Ansatzpunkt seiner Begründung. Er bestätigt dann noch einmal die Unbrauchbarkeit der zuerst vom KG gemachten Unterscheidung von Handlungen als Ausfluß des Eigentums und solchen der persönlichen Freiheit, gelangt aber im Anschluß daran zu der Feststellung, daß entscheidender Gesichtspunkt sei, daß die Dienstbarkeit eine Grundstücksbelastung ³¹⁾ darstelle,

31) Die Qualifizierung der Dienstbarkeit als "Grundstücksbelastung" ist insoweit nur eine sprachliche Konzentrierung der schon vom Gesetz in § 1018 gewählten Formulierung "Ein Grundstück kann ... belastet werden...". Als solche ist diese Formulierung Ausgangspunkt zu Schlußfolgerungen, was demnach nicht Gegenstand einer negativen Dienstbarkeit sein kann. Welche Bedeutung dieser Ausgangspunkt im einzelnen über die an dieser Stelle vom BGH gezogenen Schlußfolgerung hinaus für die Bestimmung des zulässigen Dienstbarkeitsinhalts hat, inwiefern z.B. die Person des Eigentümers als "belastet" mit einbezogen werden kann, und in welchem Maße daraus Argumente gegen die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien hergeleitet werden können, ist an späterer Stelle aufzuzulegen; vgl. dazu unten II 3 c und IV und V 1.

die das Eigentum am Grundstück einschränke und nicht lediglich die rechtsgeschäftliche Freiheit des Eigentümers berühre ³²⁾.

In Bezug auf die gewünschte Eintragung kommt der BGH daher zu dem Ergebnis, daß das Recht zur freien Auswahl eines Warenlieferanten kein Ausfluß des Eigentumsrechts am Grundstück sei, sondern ein Grundstückseigentümer dadurch, daß er in seinem Gewerbebetrieb an Waren eines bestimmten Lieferanten oder Herstellers gebunden werde, nicht in der Ausübung seiner Eigentumsbefugnisse, sondern nur in seiner rechtsgeschäftlichen Freiheit im Hinblick auf die wirtschaftliche Führung seines Gewerbebetriebes eingeschränkt werde.

cc) Verschiedenartigkeit der Grundstücksbenutzung und Unterscheidung von der bisherigen Benutzungsfreiheit

War mit den unter bb) wiedergegebenen Gedanken- und der eindeutigen Feststellung, es läge bei der beantragten Eintragung keine Einschränkung des Eigentumsrechts am Grundstück vor, deren Vorliegen auch nach der Argumentation des BGH immer Grundvoraussetzung für den zulässigen Inhalt einer negativen Dienstbarkeit ist, schon genug gesagt, um die Ablehnung der Eintragung zu begründen, so geht der BGH aber noch weiter,

32) Hier sind jetzt nicht im Gegensatz zu oben die rechtlich relevanten Verfügungshandlungen mit oder über das Recht am Grundstück selbst gemeint, sondern die vom Grundstück losgelöste, allgemeine Freiheit des Eigentümers, rechtsgeschäftlich nur mit Bezug auf das Grundstück, aber möglicherweise auch "auf" dem Grundstück, zu handeln. Diesen Unterschied machen die Entscheidungsgründe nicht deutlich genug !

um grundsätzliche Maßstäbe für die Inhaltsbegrenzung aufzuzeigen. In Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung wird dargelegt, daß aus der rechtlichen Natur der Grunddienstbarkeit als einer das Eigentum einschränkenden Grundstücksbelastung zu folgern sei, daß das Verbot von Handlungen eine Verschiedenheit in der Benutzung des Grundstücks zur Folge haben müsse, allerdings mit der dahingehenden Einschränkung, "es sei denn, daß die verbotenen Handlungen sich nicht ohnehin als Ausfluß des Eigentumsrechts darstellten ³³⁾."

Wann und auf Grund welcher Umstände Handlungen "ohnehin" als Einschränkung des Eigentumsrechts angenommen werden können, wird allerdings nicht angegeben. Nur die Beantwortung der Gegenfrage, wann eine Handlung auf dem Grundstück nicht ohnehin Ausfluß des Eigentumsrechts ist, könnte da klärend wirken. Aber auch negativ wird eine solche Abgrenzung nicht aufgezeigt. Ob die Verschiedenartigkeit der Benutzung nur dann zu prüfen ist, wenn die Handlung überhaupt nicht als tatsächliche, erkennbare Eigentumsbeschränkung am Grundstück zu qualifizieren ist, d.h. dann also auf diesem Wege noch ihre Eintragbarkeit erreicht werden kann, oder ob die Verschiedenartigkeit nur dann zu prüfen ist, wenn Schwierigkeiten in der klaren Qualifizierung der Handlung als das Eigentum am Grundstück einschränkend auftauchen, im Sinne einer Abstufung der Intensität der Auswirkungen des Verbots auf das Grundstück, kann dieser vom BGH gemachten Unterscheid-

33) Damit wird die Abgrenzung des OLG Stuttgart, MDR 1956, 679 f., übernommen.

scheidung nicht eindeutig entnommen werden. Um keinen Widerspruch zu dem bis dahin Gesagten entstehen zu lassen, insbesondere zu dem Ausgangspunkt, daß grundsätzlich nur tatsächliche, dem Eigentümer an und auf dem Grundstück erlaubte Handlungen verboten werden könnten, müßte die erste Deutung verneint werden. Lediglich die Begründung dafür, wann die Frage nach der Verschiedenheit der Benutzung sich erübrige, nämlich dann, wenn nicht an sich schon ein Wesenszusammenhang des Verbotes mit dem Eigentumsrecht am Grundstück offensichtlich sei, läßt den Schluß zu, daß damit eine Abstufung in der Erkennbarkeit der Handlung als Beeinträchtigung des Eigentums am Grundstück gemeint ist.

Die daran sofort anschließenden Ausführungen des BGH lassen aber die Frage sehr zweifelhaft erscheinen, wann er überhaupt einmal den Fall für gegeben erachtet, daß eine Handlung sich ohnehin als Ausfluß des Eigentümerrechts darstellt und somit ihre Wirkung auf die Verschiedenheit der Benutzung nach seiner Vorstellung nicht geprüft zu werden braucht. Denn er führt aus, daß die Tatsache, daß die beschränkt persönliche Dienstbarkeit körperliche Vorgänge an oder auf dem Grundstück betreffen müsse und sich deshalb auch auf die Vornahme oder Unterlassung von Handlungen auf dem Grundstück beziehe, ohne daß sich das Grundstück selbst irgendwie ändere, nicht besage, daß jede auf einem Grundstück vorzunehmende oder zu unterlassende Handlung Gegen-

stand einer Dienstbarkeit sein könne. Es komme vielmehr darauf an, ob durch das Verbot von gewissen Handlungen eine Beschränkung in der bisherigen Benutzungsfreiheit des Grundstückseigentümers herbeigeführt werde. Die zu unterlassenden Handlungen müßten, wenn das Verbot dinglich gesichert werden solle, in Beziehung zum Grundstück stehen. Sie müßten sich auf das Grundstück auswirken mit der Folge, daß eine Verschiedenartigkeit in der Benutzung des Grundstücks eintrete, wobei es allerdings nicht erforderlich sei, daß etwa das Grundstück selbst im sachlichen Bestand sich ändere oder daß die Änderung der Benutzung nach außen in Erscheinung trete³⁴⁾.

Damit ist so generell und grundsätzlich, teilweise als Wiederholung noch einmal auf die Verschiedenartigkeit in der Grundstücksbenutzung auf Grund des Verbots abgestellt, daß nicht mehr ersichtlich ist, welche Bedeutung dem Fall zukommen soll, daß sich die Handlung "ohnehin" als Ausfluß des Eigentums darstellt. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß der BGH entscheidend bei der Frage nach der Zulässigkeit eines Verbots auf die Verschiedenartigkeit der Benutzung und die Beschränkung

34) BGH a.a.O. S. 125 r.Sp. - Damit wird dem vom OLG Hamm gemachten Einwand, daß es nicht auf die äußere Erkennbarkeit ankommen könne, stattgegeben.

in der bisherigen Benutzungsfreiheit ³⁵⁾ abstellt.

In diesem Zusammenhang ist bedeutsam, daß der BGH in seinen Ausführungen das Schlagwort vom "Verkehrscharakter" nicht mehr erwähnt. Dabei darf aber nicht verkannt werden, daß ein Aufgeben dieses Begriffes für die Abgrenzung eines zulässigen Inhalts nur insoweit darin gesehen werden kann, als auf die äußere Erkennbarkeit der Benutzungsänderung verzichtet wird, womit dem Begriff "Verkehrscharakter" ein spezifisches Merkmal genommen wird, und so seine wörtliche Verwendung hindert. Mit der "Verschiedenheit in der Benutzung" ist aber der im wesentlichen gleiche Kern geblieben.

dd) Unmittelbare Wirkung des Verbots

Allein mit der Änderung der Benutzung als Auswirkung des Verbots gibt sich der BGH noch nicht zufrieden. Er macht sich vielmehr einen Gedankengang Lehmanns ³⁶⁾ zu eigen. Dieser geht dahin, daß sich auf einem Grundstück wohl kaum

35) Vgl. die kurz aufeinanderfolgende sprachliche Verwendung dieser beiden Ausdrucksweisen mit sachlich gleicher Zielrichtung, BGH RpfL 1959, 125 r.Sp. Ob damit überhaupt etwas Verschiedenes berührt wird, erscheint zweifelhaft. Man wird annehmen müssen, daß mit "bisheriger Benutzungsfreiheit" auch auf das tatsächliche Benutzen abgestellt wird, und nicht die rechtlichen Folgen einer erfolgten Eintragung gemeint sind. Dann aber ist diese Ausdrucksweise nur eine andere Formulierung für die Verschiedenartigkeit der Benutzung. Das Festhalten an dem Erfordernis der Verschiedenartigkeit der Benutzung ergibt sich auch deutlich aus einer späteren Entscheidung, vgl. BGH NJW 1962, 487 ("verschiedene tatsächliche Benutzungsmöglichkeiten").

36) a.a.O., S. 161

eine Handlung denken lasse, die, wenn man sie bis zu ihren entferntesten mittelbaren Wirkungen verfolge, nicht schließlich im Gegensatz zu anderen möglichen Handlungen feine Unterschiede in der Benutzung des Grundstücks zur Folge hätte und daher die vom Gesetz offenbar gewollte Beschränkung auf Benutzungshandlungen wieder illusorisch werden würde, wenn man auf jede verschiedene mittelbare Wirkung einer Handlung auf das Grundstück Rücksicht nähme. Mit der Übernahme dieses Gedankengangs wird der Grundstein für eine danach erforderliche Einschränkung des Begriffs der zulässigen Benutzungshandlungen gelegt. Von daher gelangt der BGH zu der Feststellung, daß sich eine klare Abgrenzung nur erreichen lasse, wenn man verlange, daß die in Frage kommenden Handlungen unmittelbare Wirkungen auf den tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks hätten.

Daß die Beantwortung der Frage nach der unmittelbaren tatsächlichen Einwirkung im Einzelfall Schwierigkeiten bereite, betont der BGH ausdrücklich. Darauf komme es aber ebenso wenig an wie auf die Tatsache, daß der Eigentümer bei Ablehnung der beantragten Eintragung - hier nur Betriebsstoffe, Fette und Öle einer bestimmten Firma zu vertreiben - im Ergebnis gegenüber anderen zulässigen Eintragungen schlechter gestellt werde, weil nämlich ein allgemeines Verbot eines Gewerbebetriebs oder das Verbot eines bestimmten Gewerbes für den Grundstückseigentümer weitergehende Folgen haben könne, als die bei der Ausübung eines ihm gestatteten Gewerbes vereinbarte Bindung an einen bestimmten Warenlieferanten. Daß dieser Gesichtspunkt nicht entscheidend sein könne,

will der BGH dahingehend belegen, daß der herrschenden Rechtsprechung der zutreffende Gedanke zugrunde liege, daß das Institut der Dienstbarkeit nicht zu einer persönlichen Bindung des jeweiligen Eigentümers mißbraucht werden solle, die zwar durch seine Eigentümerstellung rechtlich ermöglicht werde, aber mit ihr in keinem inneren Zusammenhang stehe.

Auf die Art der Belastung eingehend stellt der BGH dann noch fest, daß außerdem ein Wettbewerbsverbot, das in dem Verbot von Konkurrenzunternehmen liege, etwas anderes sei als die Bindung an einen bestimmten Lieferanten. Denn in dem ersten Fall sei der Grundstückseigentümer lediglich von einem Wettbewerb mit dem Berechtigten ausgeschlossen, während er in dem anderen Fall für die Zwecke des Gewerbebetriebs des Berechtigten eingespannt werden solle.

Die abschließende Feststellung des BGH geht dahin, daß in der Art der Benutzung des Grundstücks keine Änderung eintreten würde, je nachdem, ob Betriebsstoffe, Fette, Öle der AG oder entsprechende Erzeugnisse einer anderen Firma vertrieben würden ³⁷⁾.

37) Dieses Ergebnis stand, wie eingangs zu cc) erwähnt, schon einige Absätze früher fest, als nämlich die Änderung in der Benutzung zur Diskussion stand. Das danach herausgearbeitete Kriterium der vom Gesetz offenbar gewollten Beschränkung auf unmittelbar wirkende Handlungen wird auf den vorliegenden Fall gar nicht prüfend angewandt; denn es wird nicht dargelegt, weshalb das Verbot, auf dem belasteten Grundstück nur die eine bestimmte Marke vertreiben zu dürfen, nicht unmittelbare, sondern höchstens mittelbare Wirkungen auf die Benutzungsfreiheit des Grundstücks habe. Fortsetzung S. 31

3.) Obergerichtliche und höchstgerichtliche
Entscheidungen gemessen an diesen Kri-
terien

Bevor die einzelnen maßgebenden Abgrenzungskriterien für sich einer kritischen Untersuchung unterzogen werden, soll im folgenden zuerst und nur untersucht werden, ob die Rechtsprechung mit diesen vorgegebenen Kriterien sachlich Gleiches auch rechtlich gleich entschieden hat, ob also diese Kriterien in sich innerhalb der nachfolgenden Rechtsprechung eine konsequente Anwendung gefunden haben. Denn dabei zu gewinnende Erkenntnisse über Einheitlichkeit und Folgerichtigkeit der Anwendung dieser Abgrenzungskriterien in der Rechtsprechung werden es möglicherweise erleichtern, sich später von Ergebnissen oder Begründungen der Rechtsprechung zu trennen.

Fortsetzung Anm. 37):

Jedenfalls liegt mit dieser Schlußbemerkung durch den BGH die Feststellung besonders nahe, daß erheblich mehr ausgeführt wurde, als zur Entscheidung dieses Falles notwendig gewesen wäre. Diese Feststellung könnte dann zweifelhaft sein, wenn der BGH in dem letzten Teil seiner Begründung erst die wirklichen Gründe für seine Entscheidung geben wollte. Dann hätte er aber doch den vorliegenden Fall erkennbar auch unter dieses Abgrenzungskriterium subsumieren müssen. Daraus, daß das nicht geschehen ist und aus dem gesamten Aufbau der Entscheidungsgründe und dem schon entscheidenden Gewicht der bis dahin genannten Argumente ergibt sich aber, daß eine solche Absicht des BGH nicht angenommen werden kann.

a) Tankstellendienstbarkeit

Bei der Tankstellendienstbarkeit, gegen deren Zulässigkeit seitens des BGH ³⁸⁾ keinerlei Bedenken bestehen, handelt es sich um eine Dienstbarkeit des Inhalts, daß dem Berechtigten das alleinige Recht eingeräumt wird, auf dem zu belastenden Grundstück eine Tankstelle zu betreiben und zu errichten, und daß auf dem Grundstück keine Tankstelle von Konkurrenzunternehmen errichtet werden darf. Dabei wird betont, daß es sich in einem solchen Falle nicht etwa um zwei selbständige Dienstbarkeiten handele, sondern um ein einheitliches Recht, das lediglich zwei Arten der Belastung - die Einschränkung eines Benutzungsrechts und die Verpflichtung zur Unterlassung gewisser Handlungen - enthalte, die miteinander verbunden werden könnten ³⁹⁾.

38) BGH in NJW 1959, 670; 1961, 2158

Der in der letzteren Entscheidung hauptsächlich behandelten Frage, inwieweit bei der Eintragung eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, § 873, zur Kennzeichnung der Ausschließlichkeit des Rechts erlaubt ist, und dem dabei herausgearbeiteten Ergebnis ist zuzustimmen, vgl. auch Westermann § 76 II 3.

39) Dem Argument, mit der ausschließlichen Benutzung werde das Grundstück nicht mehr nur in "einzelnen Beziehungen" genutzt, wird damit begegnet, daß dem Eigentümer eine, wenn auch geringfügige Nutzungsmöglichkeit immer verbleibe, vgl. OLG Hamm Rpfl. 1959, 19; BayObLG Rpfl. 1959, 17. Dabei wäre an die Benutzung als Weg, für Leitungen oder auch für eine Überbauung der Tankstelle zu denken.

Gegen die Zulässigkeit von Tankstellendienstbarkeiten des genannten Inhalts bringt Eichler ⁴⁰⁾ das Argument, daß es dem darin enthaltenen Verbot (keine Tankstelle von Konkurrenzunternehmen zu errichten) an der erforderlichen Änderung der Grundstücksbenutzung fehle, denn hier solle nicht der Zustand herbeigeführt werden, daß auf dem Grundstück überhaupt keine Tankstelle errichtet und überhaupt kein Benzin ausgegeben werden dürfe ⁴¹⁾, vielmehr solle gerade der bisherige Nutzungsstand, nämlich der Charakter eines Tankstellengrundstücks, weiter bestehen bleiben, da nur ausgeschlossen werden solle, daß ein Konkurrenzunternehmen des Dienstbarkeitsberechtigten das Grundstück in gleicher Weise nutze, wie dieser selbst.

Soweit diese Argumentation sich auf die Abgrenzung auf Grund einer äußerlichen erkennbaren Änderung des Verkehrscharakters stützen will, was allerdings nicht klar zu Tage tritt ⁴²⁾, gilt gegen sie die schon von der Rechtsprechung anerkannte Unrichtigkeit des Abstellens auf äußerliche Erkennbarkeit. Nicht so eindeutig liegt es mit dem grundsätzlichen Anzweifeln einer durch das Verbot eintretenden Benutzungsänderung. Die Frage ist allerdings die, und das dürfte dabei übersehen worden sein, ob für die

40) a.a.O. S. 592

41) zu ergänzen; wie dies ja sonst bei generellen Wettbewerbsverboten der Fall und somit die Benutzungsänderung erkennbar ist.

42) Anders Kaiser, S. 96, der Eichler da zu eng verstehen dürfte.

Prüfung ihres Vorhandenseins überhaupt noch Raum ist, wenn man bedenkt, daß es sich um ein einheitliches Recht handelt. Denn das ausschließliche Recht auf Benutzung ist schon in sich eine Kombination von affirmativer und negativer Dienstbarkeit. Eichler hat, wie seine ausdrückliche Feststellung zeigt, keine Bedenken, die Einräumung eines Benutzungsrechts und die Verpflichtung zur Unterlassung gewisser Handlungen in einem einheitlichen Recht zu verbinden. Mit dieser Vorstellung macht er aber nicht Ernst, wenn er gleichzeitig sagt, daß vorher zu prüfen sei, ob die negative Dienstbarkeit in dem Falle inhaltlich überhaupt zulässig sei. Indem er diesen Teilausschnitt prüft, wird das Verbot doch wieder als selbständig behandelt, weil verkannt wird, daß das ausschließliche Tankstellenbetriebsrecht den Wesenskern der Dienstbarkeit bildet. Demgegenüber ist das Wettbewerbsverbot nur ein unselbständiges Anhangsrecht. Das Benutzungsrecht wird dadurch verstärkt⁴³⁾ und erfährt nur eine nähere inhaltliche Ausgestaltung. Diese wohnt aber schon, auch wenn sie unausgesprochen bliebe, dem ausschließlichen Benutzungsrecht wesensmäßig inne. Über die Änderung der Benutzung wird aber schon mit der Zulässigkeit des ausschließlichen Benutzungsrechts des einen Berechtigten entschieden. Sie ist dabei insoweit auch unzweifelhaft. Sie kann daher nicht noch einmal selbständig und neu für den negativen Gehalt geprüft werden. Genau so kann die Frage nach der unmittelbaren Auswirkung des

43) So ausdrücklich der BGH, NJW 1961, 2158

Verbots auf die Grundstücksbenutzung nicht mehr selbständig geprüft werden, denn daß andere Tankstellenunternehmen das Grundstück nicht mehr zum Aufstellen einer Tankstelle benutzen können, ergibt sich selbstverständlich aus der Ausschließlichkeit des Benutzungsrechts. Dieses Verhältnis könnte man auch dadurch kennzeichnen, daß für eine selbständige negative Dienstbarkeit, die also nicht wie hier Bestandteil einer in der Hauptsache affirmativen Dienstbarkeit wäre und die nur ein schon bestehendes ausschließliches Benutzungsrecht inhaltlich ausgestalten, d.h. eigentlich nur wiederholen würde - nur bei dieser aber wären dann allein alle Voraussetzungen einer negativen Dienstbarkeit selbständig zu prüfen -, daß einer solchen selbständigen, aber inhaltlich gesehen nicht notwendigen, sondern nur zusätzlichen negativen Dienstbarkeit das Rechtsschutzinteresse fehlen würde, weil der Berechtigte nicht mehr bekom-

men könnte, als er ohnehin schon hat 44).

-
- 44) Im Gegensatz dazu Kaiser, S. 96, wenn er für das mit der ausschließlichen Benutzungs-Tankstellendienstbarkeit zu einem einheitlichen Recht verbundene Konkurrenzverbot ausführlich die unmittelbare Wirkung prüft und nur mühsam eine solche konstruiert, was daher rühren mag, daß er sich vorher schon dem vom BGH aufgestellten Abgrenzungskriterium der unmittelbaren Auswirkung angeschlossen hat, vgl. S. 62. Er sieht die Unmittelbarkeit darin, daß, wenn man die praktische Möglichkeit erwäge, daß der Berechtigte sein Benutzungsrecht nicht ausübe, daß daran dann deutlich würde, daß dem Eigentümer gegenüber die Ausschließlichkeit des Rechts als unbeschränktes Verbot wirke, das unmittelbar dazu führe, daß auf dem Grundstück eine Tankstelle nicht betrieben werde, vgl. S. 97.

Zu dieser nicht überzeugenden Konstruktion ist kritisch anzumerken: Nur für den Fall, daß die "praktische Möglichkeit" des Nicht-Gebrauchmachens einträte, deren wirkliches Vorkommen höchst zweifelhaft und sogar widersinnig wäre, gelangt Kaiser zu der Annahme dieser "unmittelbaren" Wirkung, die doch aber auch dann nur eine Folge des ausschließlichen Benutzungsrechts und nicht des darin schon enthaltenen Verbots ist. Außerdem, und das ist entscheidend, bedeutet es keine Unmittelbarkeit mehr, wenn die Folge, daß keine Tankstelle trotz eines ausschließlichen Benutzungsrechts dazu auf dem Grundstück betrieben wird, erst eintritt, wenn der Berechtigte von seinem Recht zur Benutzung keinen Gebrauch macht ! Und das ist sogar nur ein Sonderfall, für den, nur so könnte argumentiert werden, auch die Unmittelbarkeit nachzuweisen wäre, erst recht aber für den Normalfall des Gebrauchsmachens des Rechts. Diesen Versuch unternimmt aber Kaiser erst gar nicht, vielmehr will er die Unmittelbarkeit des Verbots für den Normalfall an dem Ausnahmefall nachweisen, was ihm aber da schon nicht gelingt.

Aber bei den zulässigen Tankstellendienstbarkeiten und ähnlichen ausschließlichen Benutzungsrechten oder generellen Verboten mit Erlaubnisvorbehalt für das Produkt des Berechtigten bleibt noch die Frage offen, inwieweit bei ihnen der vom BGH aufgestellte Grundsatz, daß das Institut der Dienstbarkeit nicht zu einer persönlichen Bindung des jeweiligen Eigentümers mißbraucht werden solle, die zwar durch seine Eigentümerstellung rechtlich ermöglicht werde, aber mit ihr in keinem inneren Wesenszusammenhang stehe, konsequent durchgeführt ist.

Zur wirklichen Auswirkung der genannten Dienstbarkeit ist nämlich folgendes festzustellen: Der frühere Nachteil bestand bei einem einfachen Benutzungsrecht darin, daß, wenn die Absatzstätten abredewidrig für Konkurrenzerzeugnisse benutzt wurden, die Brauereien dies dulden mußten, wenn sie ihr Benutzungsrecht nicht wahrnehmen wollten. Dieser Zustand hat dazu geführt, sich von vornherein das ausschließliche Benutzungsrecht bestellen zu lassen, auf dem Grundstück ihres Abnehmers eine Gastwirtschaft oder Tankstelle selbst zu betreiben oder von Dritten betreiben zu lassen ⁴⁵⁾. Dazu wird der Eigentümer immer dann seine Zustimmung geben, was leicht erklärlich ist, wenn er dieser Dritte sein soll, er also weiter sein Eigentum benutzen kann. Wenn der Berechtigte diese Ausübungserlaubnis dann von der Einhaltung der schuldrechtlichen Bezugsverpflichtung abhängig macht - und wann wäre das nicht der Fall -, dann wird die Bindung an den

45) vgl. Pahnke in DNotZ 1953, 413

Hersteller mittelbar durch diese ausschließliche Benutzungsdienstbarkeit mit Ausübungserlaubnis gesichert, weil der Eigentümer diese ja in keinem Fall verlieren will. Die Lage ist dann um nichts anders, wie wenn der Grundstückseigentümer von vornherein nur an den Hersteller gebunden wäre, dann sogar ohne das ausschließliche Benutzungsrecht des Herstellers. Diese zulässige Dienstbarkeit geht in ihrer Bindungswirkung also noch erheblich weiter ⁴⁶⁾. Von einer gleichen und konsequenten Anwendung des Grundsatzes der Nicht-persönlichen-Bindung des Eigentümers kann somit bei dieser (zulässigen) Dienstbarkeit keine Rede sein.

Das gleiche Ergebnis zeigt dann auch die in der Praxis vorkommende Dienstbarkeit, daß auf dem belasteten Grundstück ohne Zustimmung des Berechtigten überhaupt kein Artikel der betreffenden Art vertrieben werden dürfe, wobei selbstverständlich der Vertrieb des eigenen Erzeugnisses auf dem Grundstück von vornherein als erlaubt gilt. Und nur wenn dies Erzeugnis auf dem Grundstück abgesetzt wird, bleibt die Verkaufsstelle in der Regel funktionsfähig.

46) Darauf hat schon Pahnke, DNotZ 1953, 413, in seiner Anm. zu der Entscheidung des OLG Saarbrücken hingewiesen. Gesteigert in seiner Bedeutung wird eben dieser Vorwurf noch dadurch, daß der BGH verlangt, daß das Institut der Dienstbarkeit nicht zu einer persönlichen Bindung des jeweiligen Eigentümers mißbraucht werden solle, womit er die Frage nach der Gleichbehandlung anderer Sachverhalte unter diesem Gesichtspunkt geradezu herausfordert.

Den Vorwurf der größeren Belastung bei den zulässigen Dienstbarkeiten hat der BGH selbst aufgegriffen - allerdings nur in Gegenüberstellung eines einfachen Wettbewerbsverbots zu der Verpflichtung, nur ein Erzeugnis zu vertreiben, obwohl in derselben Entscheidung auch das ausschließliche Benutzungsrecht plus Konkurrenzverbot mit seiner viel stärkeren Auswirkung bejaht wurde und sich somit die Möglichkeit zu einer entsprechenden Gegenüberstellung bot. Nur was der BGH ⁴⁷⁾ dazu ausführt, um diesen Unterschied zwischen der nicht nur gleichen, sondern noch schwereren Belastung bei der zulässigen ausschließlichen Benutzungsdienstbarkeit mit dem ihm innewohnenden Konkurrenzverbot, wie überhaupt bei dem Verbot eines bestimmten Gewerbes, auf der einen Seite und der bei der unzulässigen Dienstbarkeit auftretenden Belastung in Gestalt der Bindung an einen Hersteller auf der anderen Seite, auszuräumen, kann nicht überzeugen.

Dieser Gesichtspunkt, so wird argumentiert, könne eben nicht entscheidend sein, weil das Institut nicht zur persönlichen Bindung des Eigentümers mißbraucht werden solle. Daß die persönliche Bindung im Ergebnis aber die gleiche ist, sogar bei der zulässigen ausschließlichen Benutzungsdienstbarkeit noch eine größere, ist oben gezeigt worden.

Die Vergleichbarkeit der Bindungswirkung in dem einen und in dem anderen Fall will der BGH allerdings mit dem Argument ausräumen, daß ein Wettbewerbsverbot - als die stärkere Belastung - etwas anderes sei als die Bindung an einen bestimmten Lieferanten. Denn in dem einen Fall sei

47) RpfI. 1959, 126

der Grundstückseigentümer lediglich von einem Wettbewerb mit dem Berechtigten ausgeschlossen, während er in dem anderen Fall für die Zwecke des Gewerbebetriebs des Berechtigten eingespannt werden solle.

Führt man diesen Gedanken, wer für wen eingespannt sein soll, einmal darauf zurück, daß es bei beiden Belastungen immer nur gerade das bestimmte Grundstück ist, welches nur mit seiner auf seinem Gebiet bestehenden Belastung erst den Eigentümer persönlich, eben nur soweit er dieses Grundstück benutzen will, einschränkt, dann wird deutlich, daß auch in dem ersten Fall des zulässigen ausschließlichen Benutzungsrechts einschließlich dem Konkurrenzverbot das Grundstück und damit der Eigentümer für die Zwecke des Berechtigten in gleichem Maße eingespannt wird. Als Grundstücksbelastung, die beide sind, können sie daher niemals "etwas anderes sein". Denn auch bei der Bindung an den Hersteller ist Ausgangspunkt die Grundstücksbelastung, nämlich als tatsächliche Handlung kein anderes Bier auf diesem Grundstück ausschänken zu dürfen.

Es ist dann nur noch das Verhältnis von Mehr - bei der Bindung an den Hersteller - und Weniger - bei einem Wettbewerbsverbot -, welches unter dem Blickwinkel "persönliche Bindung" übrig bleiben könnte, d.h. wie der Grundstückseigentümer auf Grund der Belastung seines Grundstücks als deren Folgeerscheinung gebunden ist. Aber dieses Mehr - Weniger - Verhältnis, welches für diese Gegenüberstellung noch gelten mag, wird schon aufgehoben, wenn der Bindung an einen Hersteller nicht nur das Wettbewerbsverbot gegenübergestellt wird, sondern das ausschließliche

Benutzungsrecht plus Konkurrenzverbot bei Ausübungsüberlassung an den Eigentümer, bei welchem die Bindung an den Hersteller der Erzeugnisse für diese Absatzstätte die gleiche ist.

Mit diesen Ausführungen ist gezeigt worden, daß man sachlich Gleiches nicht rechtlich gleich behandelt hat, indem man bei den zu unterlassenden tatsächlichen Handlungen des Bierausschänkens einer Sorte nur den Eigentümer generell als belastet und gebunden angesehen und primär auf seine Beschränkung abgestellt hat und versäumt hat, daß er das auch hier nur in Bezug auf die räumliche Grenze dieses einen Grundstücks ist, während man bei dem ausschließlichen Benutzungsrecht plus Konkurrenzverbot mehr nur die Grundstücksbelastung gesehen hat, ohne zu prüfen, welche gleichstarke persönliche Bindung hier für den Eigentümer eintritt.

b) Die sog. Flaschenbierentscheidung

Besonderem Interesse muß eine BGH-Entscheidung⁴⁸⁾ begegnen, die später erneut zu der Frage nach dem zulässigen Inhalt einer negativen Dienstbarkeit Stellung nehmen muß und noch dazu als Ergänzung zu der ersten grundlegenden BGH-Entscheidung angekündigt wird. Der BGH kommt hier zu dem Ergebnis, daß Inhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit das Verbot sein könne, auf dem Grundstück eine Verkaufsstelle für Bier in Flaschen zu errichten oder zu betreiben,

48) NJW 1962, 486 ff.

wobei dieses Verbot auch den Verkauf⁴⁹⁾ von Flaschenbier im Rahmen eines erlaubten Lebensmittelgeschäfts erfasse.

Besonderem Interesse begegnet sie deshalb, weil man erwarten dürfte, daß hier eine Auseinandersetzung mit den in der grundlegenden Entscheidung herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien stattfinden würde. Das ist aber nicht der Fall. Denn nachdem in knappen Sätzen die Grundzüge der früheren Entscheidung wiederholt werden, finden sich für das oben genannte Ergebnis als begründende Sätze nur die folgenden Feststellungen. In dem zu entscheidenden Fall, so wird ausgeführt, gehe es um die Frage, ob das Verbringen und Absetzen verschiedener Warengattungen auch verschiedene tatsächliche Benutzungsmöglichkeiten des Eigentums darstellen könnten. Das sei grundsätzlich zu bejahen, da unterscheidende Kriterien der tatsächlichen Benutzung eines Grundstücks nicht allein die Art eines Gewerbes (Handels-, Handwerks-, Fabrikbetrieb) oder etwa der Umfang von Immissionen sein könnten, sondern auch die Art der Waren - (spricht Flaschenbier) -, die auf dem Grundstück bearbeitet oder gelagert oder mit welchen auf dem Grundstück gehandelt werden solle.

49) Man muß unterstellen, daß trotz der unglücklichen Formulierung, die man nur oder jedenfalls auch auf die rechtsgeschäftliche Seite beziehen könnte, die tatsächliche Seite einer Verkaufshandlung gemeint ist. Man vgl. aber nur OLG Düsseldorf NJW 1961, 176, das richtigerweise scharf beim Vermieten zwischen der rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Seite trennt. Darauf ist später noch genauer einzugehen.

Der Auffassung von Riedel⁵⁰⁾, daß der BGH mit dieser Entscheidung seine bisherige, mit der h.M. identische Meinung geändert und aufgegeben habe, kann in keinem Punkt zugestimmt werden. Denn dagegen sprechen schon äußere Umstände, aber ganz deutlich und entscheidend der sachliche Gehalt der Entscheidungsgründe. Die äußeren Umstände sind, daß diese Entscheidung nicht einmal in der amtlichen Sammlung abgedruckt ist, was bei einer Entscheidung, die eine seit dem Jahre 1902 im Ergebnis konstante höchstrichterliche Rechtsprechung ändern wollte, wohl der Fall gewesen wäre; weiter, daß die Entscheidung in der erstaunlichen Kürze ihrer Begründung nicht einmal einen auch nur andeutungsweisen Hinweis auf ein Ändern oder Abgehen oder Aufgeben bisheriger Rechtsprechung enthält, im Gegenteil, als Ergänzung angekündigt wird. Ergänzen ist aber schon sprachlich etwas anderes als ändern oder aufgeben. Es kann dem BGH auch nicht unterstellt werden, daß er einen solch bedeutungsvollen Schritt, wenn er ihn gewollt hat, so wenig sichtbar und erkennbar getan haben wollte. Was dem Inhalt der Entscheidungsgründe angeht, so bezeigen das Eingehen auf die Verschiedenheit in der tatsächlichen Benutzung und Hinweise auf die grundlegende BGH-Entscheidung das Gegenteil der Riedel'schen Auffassung. Riedel irrt m.E. auch, wenn er Droste⁵¹⁾ die Auffassung unterstellt, daß man in der Praxis den früheren Standpunkt des BGH als überholt ansehen müsse. Droste bestätigt gerade

50) RpfL. 1966, 133

51) GRUR 1962, S. 200 f.

nur die Entscheidung als Ergänzung zu der früheren Rechtsprechung, prüft aber nicht die wirkliche Vereinbarkeit der Entscheidungen untereinander und kommt daher auch zu keiner entsprechenden Feststellung.

Danach taucht die Frage auf, ob die Benutzungsfreiheit des Eigentümers durch die Tatsache, daß in einem Lebensmittelgeschäft neben den vielen anderen eine besonders verpackte Ware wie Flaschenbier auf dem Grundstück nicht "verkauft" werden darf, wirklich geändert wird. Das zulässige Verbot schließt ja nicht den Bierverkauf generell aus ⁵²⁾, sondern nur den in Flaschen. Wie wäre es also mit Verkauf oder Lagerung von Büchsenbier ⁵³⁾ oder Faßbier oder Bier in sonstiger Papp- oder Plastikverpackung? Wo ist bei Flaschenbier im Verhältnis zu diesen Arten eine verschiedene Benutzung, die dann noch, das wäre entscheidendes weiteres Erfordernis, unmittelbare Änderungswirkung auf die Benutzung hat? Es ist nicht ersichtlich, wie Flaschenbier soviel anders lagert als Faßbier und wie es unmittelbarer auf die Grundstücksbenutzung wirkt. Denn bei der Lagerung als einem tatsächlichen Vorgang auf dem Grundstück ist es kein Unterschied, wenn ein Faß Bier oder eine Kiste Bier in Flaschen den gleichen Raum einnimmt und mit dem gleichen Aufwand an seinen Platz gebracht wird. Zu diesen

52) Über die Zulässigkeit eines solchen Teilgewerbeverbots bestehen insofern keine Zweifel.

53) Das ist keine Spitzfindigkeit, sondern ein auf der Hand liegendes Gegenbeispiel.

notgedrungen auftauchenden Fragen, wo hier nämlich ausreichende Unterschiede in der Benutzung und der unmittelbaren Wirkung auftreten, um speziell das Verbot von Flaschenbier als zulässig erscheinen zu lassen, wird in der Entscheidung nicht Stellung genommen, als ergäben sich ihre Antworten von selbst, obwohl der BGH seinerzeit selbst betont hat, welche Schwierigkeiten die Abgrenzung der unmittelbaren zur mittelbaren Wirkung habe. Diese richtige Feststellung ist nutzlos, wenn die Prüfung dieser schwierigen Frage nicht vorgenommen wird oder nicht zumindest dargetan wird, warum sie nicht zu erfolgen hat. Denn die Art der Verpackung derselben Ware gibt keinen größeren Unterschied in der Benutzung her, als verschiedene Qualitätssorten eines Bieres es tun 54).

Um welche feine graduellen Unterschiede es sich in Wirklichkeit dabei nur handelt, mit denen verschiedene Ergebnisse aber begründet werden sollen, zeigt die Überlegung, daß es sich ein Hersteller, der eine Verkaufsstelle in dem bisher abgelehnten Sinn an sein Erzeugnis binden will, nur einzufallen lassen brauchte, eine bestimmte Art der Verpackung oder Lagerung seines Produktes herauszufinden 55), und er würde den

54) Damit ist nichts über die Zu- oder Nichtzulässigkeit der Bierservitut gesagt. Es geht hier nur um die Widersprüchlichkeit bzw. Inkonsistenz der Rechtsprechung in der Begründung ihrer Entscheidungen.

55) Bei dem heutigen Stand der Entwicklung chemischer Erzeugnisse nicht undenkbar.

Anforderungen dieser BGH-Entscheidung für eine zulässige Dienstbarkeit entsprechen ⁵⁶⁾. Denn wenn allein dadurch, daß Bier in Flaschen ist, eine andere Art der Ware hergestellt ist, dann muß das auch für jede andere, sich genügend unterscheidende Abfüllungs- oder Lagerungsart gelten.

Die Flaschenbierentscheidung kann also in keiner Weise überzeugen, da sie ihre Begründung nicht an Hand der Prüfung der entscheidenden Abgrenzungskriterien wie Verschiedenartigkeit der Benutzung und ihrer unmittelbaren Auswirkung führt, sondern diese Fragen unberührt läßt. Prüft man aber das in der Entscheidung behauptete, die tatsächliche Benutzung eines Grundstücks unterscheidende Kriterium der Art und Lagerung einer Ware daraufhin nach, so ergibt sich, daß sich diese Behauptung gegenüber den Ausführungen der ersten BGH-Entscheidung nicht aufrechterhalten läßt.

56) Diese Art der Ware könnte dann zwar gleich der Art, das Bier in Flaschen zu füllen, von jedem Hersteller benutzt werden, womit die gewünschte Bindungswirkung wieder aufgehoben wäre. Aber man denke nur an eine Patentierung einer neuen Verpackungs- oder Lagerungsart für einen bestimmten Hersteller. Dann wäre auch kein Unterschied mehr durch die Ware als solche, wie noch bei Flaschenbier im Gegensatz zu der Biersorte, die auf den Hersteller zurückgeht, gegeben, sondern eine Kombination von beidem. Es wäre dann auch durch die bestimmte Verpackung ein außerhalb der Ware liegender, aber sie sachlich betreffender Unterschied, der die verschiedenartige Benutzung herbeiführen würde, und nicht nur wie bei der einen Biersorte ein ganz außerhalb der Sache liegendes Unterscheidungsmerkmal durch die Person des Herstellers.

c) Die Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit

Der Inhalt einer Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit geht dahin, daß nur einem bestimmten Personenkreis die Wohnung auf dem Grundstück überlassen werden dürfe, also unterlassen werden muß, die Wohnung an jemanden anderen als die so bestimmten Personen zu überlassen. Die Bestimmtheit kommt in den Entscheidungen durch Bezeichnungen wie "nur Landarbeiter", "Fremdstämmige", "Betriebsangehörigen" oder "nur Bundesbediensteten" zum Ausdruck.

Diesen Sachverhalt eines Wohnungsbesetzungsrechts an der vom BGH gegebenen Abgrenzung zur Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit zu messen, drängt sich schon von daher besonders auf, als das OLG Düsseldorf ⁵⁷⁾ nach der grundlegenden BGH-Entscheidung dazu Stellung genommen hat und sich unter diesen Gesichtspunkten der Begriffsbestimmung des RG ⁵⁸⁾ und des KG ⁵⁹⁾ und auch den, wenn auch zu einem anderen Sachverhalt ergangenen, Ausführungen des BGH zur Inhaltsabgrenzung einer zulässigen negativen Dienstbarkeit angeschlossen hat ⁶⁰⁾.

Allerdings war vom OLG Düsseldorf in erster Linie darüber zu entscheiden, ob es in der Formulierung der Eintragung eines Wohnungsbesetzungsrechts heißen könne, daß nur an bestimmte Personen vermietet werden dürfe - negativ ausgedrückt, zu unterlassen, an andere als bestimmte

57) NJW 1961, 176 f.

58) RGZ 111, 395

59) NJW 1954, 1245

60) vgl. NJW 1961, 177 r.Sp.

Personen zu vermieten. Aber gerade die Argumentation zu dieser Frage läßt einen besonderen Rückschluß auf die oben im einzelnen dargestellte grundlegende BGH-Entscheidung zu.

Das OLG Düsseldorf stellt dazu fest, daß ein Wohnungsbelegungsrecht nicht in Gestalt eines anderweiten Vermietungsverbots als beschränkt persönliche Dienstbarkeit eingetragen werden könne. Denn aus der immer wiederholten Unterscheidung, daß die dem Eigentümer des belasteten Grundstücks auferlegte Unterlassungspflicht auf die Beschränkung in seiner tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück und nicht bloß auf eine Beschränkung in der rechtlichen Verfügung darüber gerichtet sein müsse, ergebe sich, daß zwischen dem Vermieten einer Wohnung, einem Rechtsgeschäft, und der tatsächlichen Überlassung einer Wohnung zu unterscheiden sei und diese beiden Handlungen nicht gleichgestellt werden könnten. Denn für die tatsächliche Handlung des Überlassens der Sache, die nur in Erfüllung des schuldrechtlichen Mietvertrags geschehe und erst ein Verfahren mit der Sache darstelle und daher allein Gegenstand einer Dienstbarkeit sein könne, spiele nämlich der Rechtsgrund, nach welchem der Eigentümer überlassen oder nicht überlassen dürfe, keine Rolle ⁶¹⁾. Es gehe nur um das Bewohnen des Hauses von bestimmten Personen und nicht darum, ob dies miet- oder leihweise oder durch Gewährung eines Nieß-

61) Die Trennung von Tatsächlichem und Rechtlichem stellt auch das OLG Hamm, DNotZ 1957, 315, deutlich heraus.

brauchs geschehe 62) und 63). Hier kommt noch hinzu, daß Vermietungs- oder Verpachtungsverbote als rechtsgeschäftliche Handlungen eben keine Handlungen auf dem Grundstück sein können - der Zufall könnte das wollen, wenn nämlich das Rechtsgeschäft dort vorgenommen würde -, sondern nur solche mit dem Grundstück, da ihnen die vom Gesetz geforderte räumliche Beziehung zum Grundstück fehlt.

-
- 62) Wenn Baur, S. 275, zustimmend für die Zulässigkeit eines Wohnungsbesetzungsrechts als Dienstbarkeit das OLG Stuttgart, MDR 1956, 679 f., zitiert und als ein solches Recht ablehnend das OLG Düsseldorf nennt, dann muß eine solche Gegenüberstellung auf einem Verkennen des wesentlichen Unterschiedes der beiden Entscheidungen beruhen, in dem von der letzteren nur der Leitsatz gelesen wurde. Denn das OLG Düsseldorf hält in vollem Umfang die Entscheidung des OLG Stuttgart aufrecht und stört sich nur an dem "Vermieten". Außerdem hatte das OLG Stuttgart sich mit dieser Problematik gar nicht zu befassen. Es spricht in seinem Leitsatz sogar nur von "zum Gebrauch überlassen" und "nur zu Wohnzwecken verwendet" als den tatsächlichen Handlungen.
- 63) Unverständlich muß auch die Bemerkung bei Palandt-Hoche, Anm. 6 zu § 1018 bleiben, wo bestätigt wird, daß die Überlassung einer Wohnung nicht durch Eintragung eines Vermietungsverbots geschehen dürfe, dem OLG Düsseldorf aber vorgeworfen wird, es habe zu Unrecht das Verbot der Vermietung an andere als bestimmte Personen für nicht eintragbar gehalten. Der Vorwurf entbehrt der sachlichen Richtigkeit, da das OLG Düsseldorf einen anderen Ablehnungsgrund als das unzulässige Vermietungsverbot nicht genannt hat und auch nicht zu nennen brauchte, da die Parteien auf dieser speziellen Formulierung bestanden.

Der Überzeugenden Argumentation des OLG Düsseldorf liegt die schon vom RG ⁶⁴⁾ vorgebrachte Überlegung zugrunde, daß dem Eigentümer mit einem Wohnungsbesetzungsrecht nicht bloß verboten sein solle, das Haus in irgendeiner rechtlichen Form (Kauf, Miete, Pacht) zu überlassen, vielmehr bestimmten Personen das tatsächliche Bewohnen verwehrt sein solle, gleichviel ob dafür eine Berechtigung bestehe oder nicht. Erst und nur darin läge das Verbot, eine tatsächliche Handlung auf dem Grundstück als Einschränkung des Eigentümers an ihm zu unterlassen. Mit der Ausgestaltung einer Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit als Vermietungsverbot wird eben nicht das Unterlassen einer tatsächlichen Benutzungshandlung des Grundstücks erreicht.

Diese hier vorgenommene Trennung der tatsächlichen und rechtlichen Seite des Wohnens auf einem Grundstück stellt umgekehrt betrachtet genau die Antwort auf die entscheidende Frage dar, ob denn nicht die Zulässigkeit einer solchen Dienstbarkeit, daß nur bestimmte Personen auf dem Grundstück wohnen dürfen, eine nur rechtliche und damit ^{un}zulässige und nicht eintragbare Beschränkung darstelle. Aber der so belastete Eigentümer kann ja soviel rechtliche Handlungen, sei es Vermieten oder Verpachten, und dies gleich mehrfach, vornehmen wie er will, darin ist er nicht beschränkt. Denn verboten ist erst und nur die tatsächliche Handlung des Überlassens des Grundstücks an andere, als die durch die Dienstbarkeit bestimmten Personen, was aber

64) RGZ 111, 396

der Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen gegenüber anderen Personen keinen Abbruch tut ⁶⁵⁾. Denn die schuldrechtliche Verpflichtungsbefugnis ist vom Eigentum und dessen Belastungen unabhängig ⁶⁶⁾.

An diesen Feststellungen ist die in der grundlegenden BGH-Entscheidung hinsichtlich der Bierservitut aufgestellte entscheidende Behauptung zu messen, daß nämlich ein Grundstückseigentümer, der nur ein bestimmtes Bier soll ausschänken dürfen, nur in seiner rechtsgeschäftlichen Freiheit eingeschränkt werde ⁶⁷⁾. Diese Behauptung geht fehl, wenn man die bei der Frage der

65) Allein wegen der Wahrscheinlichkeit der möglichen Nichterfüllung diesen Personen gegenüber liegt im Verhältnis zu diesen noch keine anfängliche oder auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vereinbarung vor.

66) Ungenau daher auch Eichler, S. 592, wenn er hinsichtlich der Unterlassungspflicht bei der Tankstellendienstbarkeit feststellt, daß diese sich auf die rechtsgeschäftliche, nicht auf die tatsächliche Handlung beziehe, da dem Verpflichteten im Ergebnis der Abschluß von gleichlautenden Benutzungsverträgen untersagt würde. Das ist nur insoweit richtig, als der Verpflichtete, um sich keinen Schadensersatzansprüchen auszusetzen, es tunlichst unterlassen wird, gleichlautende Benutzungsverträge abzuschließen. Die rechtsgeschäftliche Freiheit dazu besitzt er trotz der Dienstbarkeit in vollem Umfang, der Berechtigte kann gegen die Wirksamkeit solcher Verträge nicht einschreiten. Die Gefährlichkeit des Abschlusses mehrerer Benutzungsverträge besteht aber in gleich großem Maße, auch wenn überhaupt noch keine Dienstbarkeit eingetragen ist.

67) BGH in RpfL. 1959, 125 r.Sp.

Zulässigkeit einer Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit überzeugend vorgenommene Trennung von tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen Handlungen auch hier anwendet⁶⁸⁾.

Die Behauptung des BGH wäre nur dann richtig, wenn die Formulierung der Bierservitut dahinginge, daß kein anderes Bier bezogen, d.h. eingekauft werden dürfe. Denn diese Formulierung wäre aus den gleichen Gründen wie das "Vermieten" eine Verdinglichung eines rein rechtsgeschäftlichen Handelns⁶⁹⁾.

Es geht aber bei der Beurteilung der Bierservitut allein um die tatsächliche Handlung des Bierausschänkens, gleich wie bei der Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit nur um das Überlassen der Wohnung als der tatsächlichen Handlung. Sagt man, daß der belastete Eigentümer vermieten (verleihen, verpachten) darf an wen er will, nur

68) Daß das in der BGH-Entscheidung nicht geschehen ist, ist umso bedauerlicher, als schon das RG, Bd. 111, 396, diese Trennung herausgestellt hat und mit ihr sogar begründet hat, daß die auf bestimmte Personen zugeschnittene Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit nicht eine nur rechtsgeschäftliche Bindung enthalte.

69) Vgl. hier schon die kritische Bemerkung oben in Anm. 49) zu der Leitsatzformulierung des BGH bei der Flaschenbierverkaufsdienstbarkeit. Wenn da von "Verkaufen" gesprochen wird, so ist das eine nicht zulässige Verwischung der Grenze zwischen dinglichen und obligatorischen Rechtsgeschäften für die eintragungsfähige Formulierung einer Dienstbarkeit. Bleibt man genau, so ist das dort zugelassene Verkaufsverbot eine nur oder jedenfalls auch rechtsgeschäftliche Einschränkung, die unzulässig ist.

Wohnenlassen darf er nicht jeden - und nur das ist Inhalt der Dienstbarkeit als die tatsächlich zu unterlassende Handlung -, dann heißt derselbe Gedankengang bei der Bierservitut, der belästete Eigentümer kann Bier kaufen von wem er will, nur ausschänken darf er nicht jedes Bier -, und das ist hier allein die zu unterlassende tatsächliche Handlung. Darin kann dann zwischen den beiden Dienstbarkeiten kein Unterschied bestehen. Das Bierbeziehen ist die rechtsgeschäftliche Handlung wie das Vermieten und das Ausschänken die tatsächliche Handlung wie das Wohnenlassen. Die Behauptung des BGH, daß die Befugnis, nur ein Bier auszuschänken, nur eine Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Freiheit darstelle, ist also unrichtig, wie sich aus dem Vergleich zu der Argumentation der Rechtsprechung ergibt.

Dies ist ein weiterer Punkt, daß innerhalb der Rechtsprechung sachlich Gleiches nicht rechtlich gleich gesehen wurde, womit eine der beiden Entscheidungen in ihrer Begründung durch die andere disqualifiziert wird.

Die Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit des Inhalts, daß z.B. nur Bundesbediensteten die Wohnungen eines Hauses überlassen werden dürfen, ist aber noch in weiteren Punkten an den vom BGH gegebenen Abgrenzungskriterien zu messen. Es bleiben die Fragen nach der Verschiedenartigkeit der Benutzung mit unmittelbarer Grundstückseinwirkung und nach der persönlichen Bindung des Eigentümers durch ein solches Wohnungsbesetzungsrecht.

Zur ersten Frage hat das KG⁷⁰⁾ ausgeführt, daß der Eigentümer in der Auswahl der Personen, die das Grundstück benutzen sollen, wie z.B. nur Bundesbedienstete, nach Art und Zahl beschränkt sei, er also in dem Recht, mit seinem Grundstück nach Belieben zu verfahren, beschränkt sei. Und mit dieser Beschränkung erhalte das Grundstück einen anderen Verkehrscharakter, da die Beschränkung eine andere Benutzung und Unterhaltung mit sich bringe.

Dem kann in keinem Punkt zugestimmt werden. Wie sich Benutzung und Unterhaltung eines Hauses ändern bzw. unterscheiden sollen, ob in dem bestimmten Fall z.B. nur Bundesbesienstete oder nur Landesbedienstete darin wohnen, ist einfach unerklärlich. Wird etwa deshalb das Haus anders gestrichen, außer gehalten oder sonstwie anders behandelt? Menschen, die sich gleich kleiden, essen, trinken und in der ganzen Verhaltensweise sich gleichen, sollen, weil sie einen anderen Arbeitgeber haben, eine verschiedene Benutzungsart und Änderung des Verkehrscharakters bewirken! Dagegen sind mit dem Ausschänken verschiedener Biersorten noch wenigstens äußerliche Unterschiede gegeben. Die Behauptung des KG, es sei ohne Bedeutung, daß die Lebensweise der Bundesbediensteten im wesentlichen derjenigen eines großen Teils anderer städtischer Bevölkerungskreise gleiche, ist unter diesen Umständen sonderbar. Man muß fragen, worauf es denn dann noch ankommen soll, um zur Bejahung der Änderung in der Benutzung zu gelangen. Es bleibt in der Tat dafür nichts mehr übrig.

70) NJW 1954, 1245 r.Sp.

Diese Situation ist hier nicht mehr ausreichend damit gekennzeichnet, daß mit der Zulässigkeit dieser Dienstbarkeit, die eine Veränderung der Benutzung mit unmittelbarer Wirkung überhaupt nicht mehr mit sich bringt, sachlich Gleiches im Verhältnis zur abgelehnten Bierservitut rechtlich nicht gleich behandelt worden ist. Die Schlußfolgerung aus der oben aufgezeigten Kritik muß vielmehr dahin gehen, daß ein sachlich sogar weniger qualifizierter Sachverhalt mit der von den Parteien gewünschten Rechtsfolge bedacht wurde, entgegen einem sachlich qualifizierteren, dem die Rechtsfolge verweigert wurde, wie bei der Bierservitut. Das trifft jedenfalls zu, solange man, und nur das ist hier geschehen, auf die Verschiedenartigkeit in der Benutzung und deren unmittelbare Wirkung abstellt.

So liegt die Vermutung nahe, daß im Bundesbedienstetenfall das Ergebnis von vornherein feststand ⁷¹⁾, so daß eine ernstliche Auseinandersetzung mit den bisher von der Rechtsprechung angewandten Kriterien nicht stattfand, nur zum Schein deren Vorliegen bejaht wurde und letztlich im Einzelfall eine Zweckmäßigkeitsentscheidung getroffen wurde, getarnt durch nicht belegte und nicht belegbare Behauptungen ⁷²⁾. Das

71) Inwieweit bei dieser Sachlage eine Vorlage nach § 79 GBO notwendig gewesen wäre, als nämlich die hier behandelte Begründung der Verschiedenheit in der Benutzung mit der verneinenden Begründung der Verschiedenheit im Falle der Bierservitut durch andere OLG, vgl. BayObLG 1953, 299/300, nicht vereinbar ist, soll hier nicht entschieden werden.

72) Wie wenig damit einer dogmatisch einheitlichen und damit überzeugenden Rechtsprechung gedient wird, braucht nicht besonders betont zu werden.

kommt recht unverblümt zum Ausdruck, wenn die Eintragungsfähigkeit im Leitsatz schon damit begründet wird, daß mit der Dienstbarkeit nur für Bundesbedienstete "ein zulässiger Zweck mit privatrechtlichen Mitteln" verfolgt werde und wird fortgesetzt mit dahingehenden Erwägungen, daß für Dienstbarkeiten dieser Art ein wirtschaftliches Bedürfnis bestehe, dieses Wohnraumbedürfnis für Berlin jedenfalls unbestreitbar sei.

Die Berechtigung dieser Überlegungen als solche soll nicht bestritten werden, nur reichen sie nicht aus, um ein über den Einzelfall hinaus gültiges, dogmatisch haltbares Ergebnis zu begründen. Die fehlende Brauchbarkeit dieser Argumentation kommt besonders bei der Formulierung "da ein zulässiger Zweck mit privatrechtlichen Mitteln verwirklicht werden soll" zum Ausdruck. Denn gerade woraus sich der zulässige Zweck einer solchen Dienstbarkeit ergeben soll, wonach dieser sich zu richten hat, wird nicht dargelegt. Die Zulässigkeit der Eintragung wird nämlich mit der Feststellung "da ein zulässiger Zweck" vorliege in Wirklichkeit nicht mit einem neuen, selbständigen, aus sich heraus lebensfähigem Argument begründet; es liegt da vielmehr ein logischer Fehler vor. Denn die Frage nach der Zulässigkeit des Zweckes deckt sich mit der Frage nach der Zulässigkeit der Eintragung schlechthin. Erst mit der festgestellten Zulässigkeit der Eintragung kann auch gesagt werden, daß damit ein zulässiger Zweck verfolgt worden ist und um-

gekehrt ⁷³⁾. Es ist somit das Eine mit sich selbst begründet und damit überhaupt noch nichts begründet ! ⁷⁴⁾

Die Zulässigkeit der Eintragung einer negativen Dienstbarkeit nur für Bundesbedienstete, die vom OLG Stuttgart ⁷⁵⁾ ausdrücklich bestätigt wird, wirft noch die Frage auf, in welchem Maß die Rechtsprechung hierbei den von ihr selbst genannten Sinn ihrer Abgrenzungskriterien, nämlich zu verhindern, daß das Institut der Dienstbarkeit zu einer persönlichen Bindung des jeweiligen Eigentümers mißbraucht werde ⁷⁶⁾, wirklich

73) Falls § 1018 eine besondere inhaltliche Begrenzung des Rechts aus einem bestimmten Zweck heraus verfolgt, was beides noch zu untersuchen ist, so wäre selbst das nicht die vom KG in seiner Begründung vorgestellte und zu seiner Argumentation führende gedankliche Ausgangsposition. Denn das KG sagt, daß mit der Dienstbarkeit nur für Bundesbedienstete ein zulässiger Zweck mit privatrechtlichen Mitteln verfolgt werde. Es stellt also speziell auf diesen Fall ab, ohne zu erklären, woher sich dieser Zweck ergeben soll, d.h. auf Grund welcher Überlegungen es ihn den §§ 1018 ff. entnehmen will. So wie der Begriff "Zweck" vom KG gebraucht wird, ist auch nicht erkennbar, wie er sich aus einer möglicherweise von § 1018 gewollten besonderen inhaltlichen Begrenzung des zulässigen Dienstbarkeitsinhalts ergeben sollte.

74) Dem ist ähnlich das Definieren eines Begriffs mit gerade diesem Begriff, z.B. Definitionsfrage: Was bedeutet oder ist schön ? Antwort: Der Schrank dort ist schön. Damit ist der Begriff "schön" nur mit sich selbst definiert und daher noch nichts selbständig Gültiges über ihn gesagt.

75) MDR 1956, 679 f.

76) So erstmals das OLG Stuttgart a.a.O., später dann vom BGH übernommen.

berücksichtigt hat im Vergleich zu der Bedeutung dieses Argumentes in der grundlegenden BGH-Entscheidung.

Bei der Bindung an das Ausschänken einer Biersorte wurde die damit verbundene Bindung an den Hersteller als dem Begünstigten und die für dessen Betrieb vorteilhafte Wirkung herausgestellt und als persönliche Bindung des Grundstückseigentümers, weil außerhalb jeglichen inneren Zusammenhangs mit seiner Eigentümerstellung am Grundstück stehend, abgelehnt.

Dieses "in keinem inneren Zusammenhang stehen" erscheint sehr bedenklich. Denn einmal kann das so generell nicht behauptet und entschieden werden und zum anderen dürfte der Einzelfall, so wie hier, mit seinen bestimmten Beziehungspunkten das Gegenteil beweisen; denn in allen diesen "Bindungsfällen" ist diese Bindung des Eigentümers eine Gegenleistung in Form der Sicherung für Leistungen des zukünftigen Berechtigten, die in von diesem gewährten Vorteilen ⁷⁷⁾ zur besseren wirtschaftlichen Ausnutzung des dienenden Grundstücks durch den belasteten Eigentümer bestehen, wie Ausbau oder Modernisierung einer Verkaufsstelle, die den Wert der Grundstücksbenutzung durch den Eigentümer durch größere Anziehungskraft für die Käufer und damit Vermehrung der Kunden steigern. Die auch bei Beschränkung auf eine Biersorte oder einen sonstigen Markenartikel immer auch und nur auf das Grundstück bezogene Bindung des Eigentümers an den Hersteller steht also in diesen Fällen immer in dem vergleichbaren Verhältnis von Leistung und Gegenleistung,

77) Wie z.B. Darlehen, Kredite, Materialien.

jedenfalls als ein Teilstück der Gegenleistung. Die Bindung ist gewollt wegen der mit ihr verbundenen wertvolleren Grundstücksbenutzung und steht daher in einem nur denkbar starken inneren Zusammenhang zu der Eigentümerstellung des Gebundenen an seinem Grundstück. Die Behauptung vom fehlenden inneren Zusammenhang zur Eigentümerstellung am Grundstück geht also fehl. Dabei kommt noch hinzu, daß diese persönliche Bindung doch immer in Bezug nur auf gerade dieses Grundstück zutrifft. Die Bindung des Eigentümers erscheint schon nicht mehr als so von der Eigentümerstellung am Grundstück losgelöst - den Eindruck erweckt aber die Argumentation der Rechtsprechung -, wenn man die Vorstellung dieser konkreten räumlichen Beziehung mehr zur Geltung kommen läßt. Schon außerhalb dieses Grundstücks ist der Eigentümer an die Beschränkung nicht mehr gebunden, jedenfalls von der dinglichen Belastung her gesehen. Darüber hinausgehende, in der Regel getroffene schuldrechtliche Vereinbarungen stehen dieser Feststellung nicht entgegen, da ihre Wirkungen verschieden sind und nur die Eintragung die dingliche, gegen jedermann wirkende Einengung bezüglich dieses Grundstücks bewirkt. Diese Überlegung zeigt dann auch, welchen unrichtigen (i.S. von zu großer Bedeutung) Akzent der Zusatz von "persönlich" an das Wort Bindung setzt. Denn wenn die Grundstücksbelastung in ihrem Wesenskern eine Ausklammerung eines Teils des bisher dem Eigentümer umfassend zustehenden Nutzungsrechts an seinem Grundstück darstellt, dann ist doch schon mit dieser Inhaltsbestimmung, die die Belastung des Grundstücks von den Rechten des

Eigentümers her sieht, gesagt, daß ihr Wirksam- und Sichtbarwerden immer die Person des Eigentümers trifft, also ihn persönlich. Eben weil das schon die Grunderscheinung ist, kann man dann die persönliche Wirkung nicht mehr als etwas Besonderes herausstellen. Die Nicht-persönliche-Bindung ist nämlich nicht der Normalfall der Grundstücksbelastung, vielmehr gibt es sie gar nicht, solange man den Inhalt der Grundstücksbelastung von der Einschränkung der den Eigentümer persönlich zustehenden Rechte an seinem Grundstück her bestimmt. In Bezug auf das eine Grundstück tritt immer eine Bindung der Person des Eigentümers ein.

Den Gedanken der persönlichen Bindung an den Hersteller nun auf die zulässige Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit übertragen wirft die Frage auf, ob hier eine weniger große persönliche Bindung des Grundstückseigentümers gegeben ist, die in einem größeren inneren Zusammenhang zu seiner Eigentümerstellung steht, als dies nach Ansicht der Rechtsprechung bei der Bierservitut oder dem Verbreiten bestimmter Öle und Fette im Rahmen einer Tankstelle der Fall ist.

Die Frage ist zu verneinen. Denn die Bindung an den Bund als den "Hersteller" von Bundesbediensteten ist um nichts weniger groß. Der Grundstückseigentümer ist hier gleichermaßen für die Interessen des Bundes eingespannt. Eben nur Bedienstete des Bundes können Bewohner des Hauses sein. Das ist mit der Bierservitut vergleichbar, wenn z.B. nur Bier der Dortmunder Aktien Brauerei ausgehändigt werden soll. Allein der Bund gibt diesen Menschen als ihr Arbeitgeber die Qualifikation, dort wohnen zu können.

Und der "innere Zusammenhang" zwischen dem Wohnenlassen als der Grundstücksbelastung und dem Bund als der den Eigentümer Bindende ist um nichts größer als zwischen Bierausschänken und dem Hersteller des Bieres. Der Bund mag den Wohnungsbau begünstigt haben, und das wird der Regelfall sein, dann aber ist hier der innere Zusammenhang der gleiche, wie er oben bei der Bierservitut oder ähnlichen Belastungen aufgezeigt worden ist.

Folgende gedankliche, aber durchaus lebensnahe Konstruktion mag das eben Gesagte noch erhärten: Die beiden Belastungsarten (Bierservitut und Wohnungsbesetzungsrecht) lassen sich in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung nämlich folgendermaßen aufeinander übertragen. Legt man der bisher unzulässigen Bierservitut einmal als Vorbild die Formulierung der zulässigen Wohnungsservitut zugrunde, dann könnte man eine jetzt zulässige (!) Bierservitut bei gleichbleibender Zielsetzung nach den Grundsätzen der Wohnungsservitut begründen. Die Tatsache nämlich, daß sogar außerhalb von Personen liegende Umstände, wie die Eigenschaft, Bundesbediensteter zu sein, eine ausreichende Verschiedenheit in der tatsächlichen Benutzung des Grundstücks durch diese Personen zu anderen Personen herbeiführen, würde für die Formulierung der Bierservitut folgende Wirkung haben: "Das Betreten des Grundstücks zum Benutzen der Gastwirtschaft ist nur die und die Biersorte trinkenden Personen gestattet". Mit dieser Formulierung, von der zulässigen Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit übernommen und nur für die Bierservitut auch auf den Personenkreis zu-

geschnitten, müßte die unzulässige Bierservitut mit einem Male zulässig sein, ohne daß sich in ihrem Wesenskern etwas geändert hätte. Auch hier würde dann nur noch nach dem Personenkreis differenziert, der, verglichen zu anderen, abstrakt die gleiche Benutzungshandlung (wie oben das Benutzen des Grundstücks zum Wohnen durch Bundesbedienstete oder andere Personen) ausführt. Durch das Abstellen auf die Geschmacksrichtung der berechtigten Personen wäre gegenüber der Bezeichnung "Bundesbediensteter" sogar noch ein den Personen innewohnender Unterschied gegeben, der sie von dem nicht berechtigten Personenkreis abgrenzen würde. Das die verschiedene tatsächliche Benutzung herbeiführende Kriterium in dem betreffenden Personenkreis wäre also noch stärker der Person zugehörig, als es bei der Wohnungsservitut der Fall ist.

Mit dieser Gegenüberstellung wesensmäßig gleicher Grundstücksbelastungen, deren Zulässigkeit aber verschieden beurteilt wird, tritt eine Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung zu Tage. Denn die Belastungen können nur beide zulässig oder beide unzulässig sein. Die endgültige Entscheidung darüber, insbesondere die weitere Begründung dieser Feststellung soll an späterer Stelle erfolgen, wenn nämlich beide Belastungsarten unter einem weiteren Grundsatz des Dienstbarkeitsrechts zu betrachten sind.

d) Ergebnis

Mit der genauen Betrachtung der Rechtsprechung auf die Folgerichtigkeit ihrer Argumentation und

ihre konsequente und einheitliche Anwendung durch dasselbe und auch verschiedene Gerichte auf gleichgelagerte Sachverhalte ihrer äußeren Erscheinung und ihrem Wesenskern nach ist deutlich geworden, daß nicht immer sachlich Gleiches rechtlich gleich entschieden worden ist, weil ein Argument hier angewandt und geprüft, aber dort nicht konsequent oder überhaupt nicht herangezogen worden ist. Die Folge ist eine Widersprüchlichkeit in der Begründung der einzelnen Entscheidungen und die Unsicherheit einer zukünftigen rechtlichen Beurteilung gleicher Sachverhalte.

Im folgenden sollen deshalb die einzelnen Abgrenzungskriterien auf ihre selbständige dogmatische Stütze hin untersucht werden, um so zu einer einheitlichen Inhaltsbestimmung zu gelangen.

III. Dogmatische Grundlagen dieser Rechtsprechung

1.) Kritische Betrachtung der genannten Voraussetzungen auf ihre Stütze im Gesetz und ihren Aussagewert

a) Tatsächliche Benutzungshandlungen

Wenn es auch keine Stimme in Literatur und Rechtsprechung gibt, die von dem Grundsatz, andere als nur tatsächliche Handlungen auf dem Grundstück als negative Dienstbarkeit zuzulassen, abweicht, so ist die Begründung doch nicht so einfach, wie der BGH ⁷⁸⁾ es ausdrückt, wenn er sagt, daß die

78) RpfI. 1959, 125 I. Sp.

Grunddienstbarkeit eine Einschränkung der Rechte des Grundstückseigentümers zum Ziele habe, woraus sich ohne weiteres ergebe, daß es sich bei den Handlungen, die der Eigentümer nicht vornehmen darf, um Maßnahmen tatsächlicher Art handeln müsse. Denn zu den Rechten des Grundstückseigentümers in dieser umfassenden Formulierung gehören auch und gerade Verfügungsgeschäfte über das Grundstück und alle weiteren Rechtsgeschäfte mit dem Grundstück.

Die Beschränkung auf tatsächliche Handlungen ergibt sich vielmehr aus zweierlei, aus § 137 und dem Wortlaut des Gesetzes. Die dingliche Unwirksamkeit von Verfügungsbeschränkungen ⁷⁹⁾ als negativer Dienstbarkeitsinhalt ist die Folge von § 137 Abs. 1, und der Ausschluß weiterer Rechtsgeschäfte, wie Vermietungs- oder Verpachtungsverbote, ergibt sich aus der darauf abzielenden Gesetzesformulierung "Handlungen auf dem Grundstück", also Handlungen, die notwendig die räumliche Beziehung zum Grundstück haben und nicht nur Handlungen mit dem Grundstück darstellen ⁸⁰⁾. Das Abstellen des Gesetzes auf tatsächliche Handlungen findet also deutlichen Ausdruck in seinem Wortlaut.

Wie aus dem inneren Zusammenhang der beiden ersten in § 1018 genannten Belastungen zu entnehmen ist, sind mit "Handlungen" gleich der ersten Belastungsmöglichkeit lediglich Benutzungshandlungen in ihrer umfassenden Bedeutung gemeint, also Handlungen, die in der räumlichen Berührung

79) Teilung, Veräußerung oder andere Verpflichtungen zur Belastung des Grundstücks

80) vgl. auch Kaiser S. 52

mit dem Grundstück geschehen. Benutzen ist daher hier in dem Sinne zu verstehen, daß alle tatsächlichen Handlungen, die sich auf dem Grundstück abspielen, dieses Grundstück für den Ablauf dieser Handlungen benutzen. Nur so kann der Begriff "Benutzungen" verstanden werden. Zu Recht sieht man davon ab, ihn auf die Bedeutung von Substanz-Benutzung zu beschränken. Eine solche Beschränkung wäre auch schon durch die Verwendung von "benutzen" in der ersten Belastungsmöglichkeit des § 1018 ausgeschlossen, wenn man bedenkt, welche einfachen tatsächlichen Handlungen, auf dem bestimmten Grundstück vollzogen, ein zulässiges Benutzen darstellen, ohne daß darin eine Substanz-Nutzung zu erblicken ist. Man kann von den tatsächlichen Handlungen, die auf dem bestimmten Grundstück denkbar sind, nicht einige zu Benutzungshandlungen erklären und andere ohne ein unterscheidbar machendes, überzeugendes Kriterium (das es nicht gibt) davon ausschließen. So sind in diesem Sinne z.B. Essen, Trinken oder irgendeine sportliche Betätigung auf dem begrenzten Raum eines Grundstücks Benutzungshandlungen dieses Grundstücks. Die notwendige räumliche Beziehung der Handlung zum Grundstück als Handlung auf dem Grundstück qualifiziert diese schon von daher auch als Benutzungshandlung des Grundstücks. Das KG ⁸¹⁾ hat das dahingehend ausgedrückt, daß die beiden Formen, Dulden und Unterlassen, sich nur darin unterscheiden, daß der Eigentümer im ersten Falle Benutzungshandlungen des Berechtigten dulden, im zweiten solche selbst unterlassen müsse. Das einfache Spazierengehen

81) KGJ 24 A 243

ist also z.B. eine Benutzungshandlung, die den Inhalt eines Duldens oder eines Unterlassens bilden kann. Diese Probe läßt sich mit allem tatsächlichen Benutzungshandlungen in dem oben gekennzeichneten Sinn machen, wie z.B. Kochen, Rauchen, irgendein Instrument-Spielen oder sportlichen Betätigungen. Und das Gesetz tut in seiner Formulierung noch ein Übriges, indem es als Gegenstand der Belastung das Grundstück, die Sache angibt, nur sie kann im tatsächlichen Sinne benutzt werden, nicht aber das Eigentumsrecht.⁸²⁾

b) Beschränkung der Eigentümerrechte

Dem Versuch, den Kreis der verbotbaren Handlungen durch Rückgriff auf den in § 903 näher umschriebenen Eigentumsinhalt zu bestimmen, ja sogar damit einzuengen, ist dadurch, daß die Rechtsprechung diesen Weg zur Begründung immer wieder gegangen ist⁸³⁾, eine Bedeutsamkeit zugekommen, die zu dem jeweiligen Ergebnis in keinem Verhältnis steht.

Die Bezugnahme auf § 903 ist so richtig wie selbstverständlich, da es um eine Belastung des Grundstücks, also um eine Verkleinerung der Eigentümerrechte daran geht, und dieser dabei entstehende Eigentums-Teilinhalt (in der Person des jetzt Berechtigten) natürlich auch noch, wie das gesamte Recht, in seinem Wesen durch die allgemeinen Eigentumsmerkmale bestimmt wird.

Wie Grasmüller⁸⁴⁾ auch schon dargelegt hat, muß festgestellt werden, daß aus dem Wesen der Eigen-

82) Vgl. auch Lehmann, S. 158

83) Von BGH RpfL. 1959, 125 zurück bis KGJ 24 A 243

84) a.a.O. S. 110

tumsbelastung als einer Belastung der Eigentümerbefugnisse gemäß § 903 überhaupt keine praktischen Folgerungen im Sinne einer näheren Bestimmung des Inhalts einer negativen Dienstbarkeit hergeleitet werden können. Die sich nämlich hieraus ergebende Begrenzung der verbotbaren Handlungen auf die nur kraft Eigentums möglichen und zulässigen Handlungen ergibt sich schon selbstverständlich und noch enger und noch deutlicher aus dem in § 1018 enthaltenen gesetzlichen Erfordernis, daß die verbotbare Handlung eine auf dem Grundstück vorzunehmende sein muß. Denn jede denkbare Handlung auf dem Grundstück ist grundsätzlich gemäß § 903 nur dem Eigentümer erlaubt und stellt sich als eine Ausübung der aus dem Eigentum erwachsenen Rechtsmacht dar - und das können im Falle des § 1018 nur tatsächliche Handlungen sein. In § 1018 nimmt das Gesetz also schon von selbst diese Einengung vor.

Daran wird deutlich, daß das allgemeine Zurückgehen auf die gemäß § 903 dem Eigentümer zustehenden Rechte überflüssig, ja sogar unrichtig ist, wenn man bedenkt, daß unter § 903 als dem Verfahren mit der Sache auch noch alle Verfügungshandlungen über und alle rechtsgeschäftlichen Handlungen mit dem Grundstück fallen, die aber durch das "auf" in § 1018 schon ausgeschlossen sind. Die Bezugnahme auf § 903 ist daher nur insoweit gerechtfertigt, als die dort ausgesprochene Eigentumsfreiheit auch für die tatsächliche Benutzungsfreiheit gilt. Nur wird damit nichts Neues, über den Wortlaut des § 1018 Hinausgehendes oder auch nur ihn Ausfüllendes gesagt.

c) Verschiedenheit in der Benutzung

Die sich in allen Entscheidungen ⁸⁵⁾ wiederholende Argumentation geht dahin, daß aus der rechtlichen Natur der Grunddienstbarkeit als einer das Eigentum einschränkenden Grundstücksbelastung folge, daß das Verbot von Handlungen sich auf die Benutzung des Grundstücks auswirken, also eine Verschiedenheit in der Benutzung des Grundstücks zur Folge haben müsse. Was geschieht, wenn die Handlung ohnehin sich als Ausfluß des Eigentumsrechts darstellt, ist oben schon angeschnitten worden ⁸⁶⁾. Ergänzend ist hier noch einmal dazu zu sagen: nach der Feststellung, daß jede Handlung auf dem Grundstück grundsätzlich nur dem Eigentümer zusteht, hebt die fällige Gegenfrage, wann danach eine Handlung auf dem Grundstück nicht "ohnehin" Ausfluß des Eigentumsrechts am Grundstück ist, die Bedeutsamkeit dieses "ohnehin" Unterschiedes auf ⁸⁷⁾.

Der "also"-Anschluß an die Feststellung der Benutzungseinwirkung, mit dem die Verschiedenheit ins Feld gebracht wird, kann nicht überzeugen. Er ist logisch unrichtig, denn die Verschiedenartigkeit ist nicht etwas, was sich aus dem vorher Gesagten, nämlich der rechtlichen Natur der Grunddienstbarkeit als einer das Eigentum einschränkenden Belastung, ergibt. Es kommt hinzu,

85) Zuletzt noch BGH in RpfL. 1959, 125.

86) Vgl. oben II 2 b cc.

87) In diesem Sinne auch schon das oben gefundene Ergebnis, was sich noch allein auf die sich aus der eigenen Argumentation des BGH ergebenden Rückschlüsse beschränkte, um von daher eine Klärung des gemachten Unterschiedes zu erzielen.

daß weder das Gesetz darauf abstellt, noch die Wirklichkeit in Fällen zulässiger Dienstbarkeiten damit übereinstimmt.

Denn die Tatsache, daß es sich um eine tatsächliche Benutzungshandlung handeln muß, die unterlassen werden soll, rechtfertigt nur die Feststellung, daß sich das Verbot auf die Benutzung auswirkt. Unter Auswirkung in diesem Sinne fällt auch noch, daß nun rein rechtlich gesehen diese Handlung nicht mehr ausgeführt werden darf. Sie kann sich aber, und das ist entscheidend, in ihrer Wirkung auch allein darauf beschränken. Geändert wird dann nur die Rechtslage. Dann aber kann von einer Verschiedenheit in der tatsächlichen Benutzung am Grundstück nicht mehr die Rede sein. Das ist in allen Fällen zutreffend, wo die tatsächliche Benutzung sich durch die Bestellung der Dienstbarkeit nicht ändert, sondern ein schon immer währender tatsächlicher Zustand - der im übrigen auch so bleiben soll - für alle Fälle rechtlich sanktioniert wird, z.B. wenn ein Grundstück nicht bebaut werden darf, es bisher nicht bebaut worden ist und in Zukunft auch nicht bebaut werden soll. Hier tritt keine Verschiedenheit in der Benutzung ein und die Zulässigkeit einer solchen Grunddienstbarkeit - von außerhalb § 1018 liegenden Erfordernissen abgesehen, die diese Frage nicht berühren, - steht, soweit ersichtlich, nirgends in Zweifel. Dem entspricht als Vergleich, weil es auch um Benutzungshandlungen geht, bei der Duldungsdienstbarkeit der Fall, worauf das OLG Hamm ⁸⁸⁾ treffend hinweist, daß ein Wegerecht eingetragen werden soll auf einem Grundstück, das immer als Weg benutzt worden

88) RpfL. 1959, 25 I.Sp.

ist und der Öffentlichkeit, wenn auch unter Widerruf, dazu freigegeben ist. Mit einer nicht zufriedenstellenden Begründung weist der BGH ⁸⁹⁾ den Gedankengang des OLG Hamm zurück, indem er sagt, daß das ein anderer als der von ihm zu entscheidende Sachverhalt sei und außerdem das Wegerecht eingetragen werden könne, weil es eine Einschränkung der Rechte des Eigentümers enthalte.

Das erste Argument geht fehl, weil es dem OLG Hamm nicht um den Sachverhalt, der zwar auf ein Dulden, also die erste Alternative des § 1018 abzielte, als vielmehr um den darin enthaltenen und als Vergleich auch auf die zweite Alternative übertragbaren Kern ging, daß eine Verschiedenheit nicht vorzuliegen braucht, und eine solche dann nicht als allgemein gültiges Kriterium aufgestellt werden könne. Dem ist zuzustimmen. Als allgemein gültiges Kriterium kann die Verschiedenheit in der Benutzung nicht aufrecht erhalten werden, weil sie nur eine denkbare, aber nicht notwendige Folge des Verbots bestimmter Handlungen ist.

Das zweite Argument läßt vermuten, daß der BGH das Wegerecht zum Beispiel als einen Fall ansieht, der sich "ohnehin" als Ausfluß des Eigentumsrechts darstellt. Wo der Unterschied zu anderen, nicht ohnehin als Ausfluß des Eigentumsrechts zu qualifizierenden Handlungen zu sehen ist, die dann bei einer gegebenen Verschiedenheit wohl noch eintragbar sein sollen, ist nicht erkennbar. Die Unbrauchbarkeit dieser ohnehin - Argumentation hinsichtlich der Notwendigkeit einer mit

89) Rpfl. 1959, 126 I.Sp.

dem Verbot gegebenen Verschiedenartigkeit der Benutzung ist oben gezeigt worden. Alle tatsächlichen Handlungen auf dem Grundstück sind Ausfluß des Eigentumsrechts am Grundstück und nur solche auch eintragungsfähig. Eine "Ohnehin-Handlung" in dem vom BGH genannten Sinne kann innerhalb dieser allein eintragungsfähigen Handlungen nicht gesondert festgestellt werden.

Die Verschiedenheit der Benutzung überhaupt und die Unterteilung in Handlungen, die auf ihr Vorliegen hin geprüft werden und solchen, die ohnehin Ausfluß des Eigentumsrechts sind, sind somit ungerechtfertigte und darüber hinaus unbrauchbare Abgrenzungskriterien.

d) Unmittelbare Auswirkung

Die von Lehmann ⁹⁰⁾ herausgestellte Tatsache, daß sich wohl kaum eine Handlung denken lasse, die, wenn man sie bis zu ihren entferntesten Wirkungen verfolge, nicht schließlich im Gegensatz zu anderen möglichen Handlungen feine Unterschiede in der Benutzung des Grundstücks zur Folge hätte ⁹¹⁾, hat sich der BGH zu eigen gemacht. Diese Überlegung hat ihn zu dem letztlich entscheidenden Abgrenzungskriterium, nämlich der unmittelbaren Wirkung der in Frage kommenden Handlungen auf den tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks, gebracht.

Von der praktischen Seite her, diese Abgrenzung nämlich in der Praxis zu verwirklichen, ist dazu

90) a.a.O. S. 161

91) Das ist - neben der dogmatischen - eine rein praktische Überlegung, die das Abstellen auf die Verschiedenheit in der Benutzung als ein differenzierendes Kriterium wertlos erscheinen läßt.

zu bemerken, daß es unmöglich ist - und nicht nur schwer, wie der BGH einräumt ⁹²⁾ -, eine feste Grenze zu ziehen zwischen Handlungen, die nur ihrer mittelbaren Wirkung nach und den Handlungen, die schon in ihrer nächsten unmittelbaren Wirkung eine Verschiedenheit in der Benutzung hervorrufen ⁹³⁾. Auf die Verschiedenheit eingehend bringt Roller ⁹⁴⁾ ein treffendes Beispiel für die Unmöglichkeit einer überzeugenden Abgrenzung. So fragt er, wo die Grenze zu ziehen wäre, zwischen einem Café, einem sog. Wienercafé und einem Restaurant. Sämtliche drei Betriebe unterscheiden sich, wenigstens bei

92) Die Schwierigkeit wäre in der Tat noch kein letztlich entscheidendes Argument gegen eine solche Abgrenzung.

93) Hierauf weist Walberer, NJW 1965, 2139 besonders hin. Seiner weitergehenden Kritik, hinter der scheinbar sachenrechtlichen Argumentation des BGH verberge sich gleichzeitig noch eine wirtschafts- oder sozialpolitische, jedenfalls erwecke der BGH diesen Verdacht, weil er abwegige Überlegungen über das Verhältnis Lieferant-Abnehmer anstelle, kann so nicht gefolgt werden. Denn daß überhaupt das Verhältnis Lieferant-Abnehmer unter sachenrechtlichen Gesichtspunkten entscheidend dafür ist, was der Lieferant (als Berechtigter) mit der Grundstücksbelastung von dem Abnehmer (als Belastetem) wirklich will, ist unten (V 1 b) eingehend aufzuzeigen. Daß die dazu dann angestellten Überlegungen des BGH über die persönliche Bindung des Belasteten einen Vergleich mit anderen zulässigen Belastungen und ihren Bindungswirkungen nicht standhalten, wie oben (II 3 a u. c) gezeigt worden ist, macht diese Überlegungen in Wirklichkeit erst hinfällig.

94) a.a.O. S. 11/12

größeren Verhältnissen, kaum merklich voneinander in ihrer Einrichtung. Der Unterschied liegt lediglich in der Art der zum Verkauf kommenden Getränke und Speisen. Lehmann läßt das z.B. nur als eine mittelbare entferntere Wirkung gelten. Andererseits stellt aber jeder der drei Betriebe einen ganz bestimmt charakterisierten besonderen Gewerbebetrieb dar, und von diesem Gesichtspunkt her müßte man von einer unmittelbaren Verschiedenheit in der Benutzung des Grundstücks reden.

Aber gerade über diese praktischen Überlegungen hinausgehend ist die "unmittelbare Auswirkung" unter dogmatischen Gesichtspunkten zu betrachten. Sie ist auch dann auf ihren Bestand zu prüfen, wenn man, wie sich aus dem bisher Gesagten ergibt, nach § 1018 nur gelten läßt, daß es sich um tatsächliche Benutzungshandlungen handeln muß, also damit die Auslegung des § 1018 als abgeschlossen betrachtet und sich somit weitere Untersuchungen erübrigen würden. Und zwar ist es deswegen trotzdem eingehend zu prüfen, weil diesem Abgrenzungskriterium als Ausgangspunkt die grundsätzliche Zielsetzung zugrunde liegt, den § 1018 einschränkend auszulegen. Das ist zwar mit dem Abstellen auf die Verschiedenheit in der Benutzung auch schon versucht, aber letztlich nicht erreicht worden. Die Berechtigung zu dieser einschränkenden Auslegung - ohne Zweifel ist sie so dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen - soll nämlich darin bestehen, daß das Gesetz offenbar eine Beschränkung gewollt habe, die illusorisch würde, wenn man auf jede verschiedene mittelbare

Wirkung einer Handlung auf das Grundstück Rücksicht nehme. Eine klare Abgrenzung ergebe nur das Kriterium der unmittelbaren Wirkungen auf das Grundstück.

Indem der BGH eine vom Gesetz offenbar gewollte Beschränkung auf Benutzungshandlungen postuliert, will er sich die Berechtigung zu der Suche nach einem weiteren Abgrenzungskriterium schaffen. Eine begriffliche Ungenauigkeit tritt dabei zu Tage. Es bleibt doch eine Beschränkung auf Benutzungshandlungen, wenn man nur alle tatsächlichen Benutzungshandlungen zuläßt, im Gegensatz zu den verbleibenden rechtsgeschäftlichen Benutzungshandlungen, wie Verkauf, Vermieten u.s.w.. Wenn der BGH sagt, daß die Beschränkung auf Benutzungshandlungen - von ihm so ganz allgemein gebraucht - illusorisch würde, wenn man auch auf alle diejenigen mit nur mittelbarer Wirkung Rücksicht nehmen wolle, so will er in Wirklichkeit noch innerhalb der möglichen tatsächlichen Benutzungshandlungen Abstufungen vornehmen und nicht die Beschränkung auf Benutzungshandlungen schlechthin sicherstellen, wie er es aber durch seine zu allgemeine Bezugnahme auf "Benutzungshandlungen" (tatsächliche wie rechtsgeschäftliche fallen so darunter) unscharf ausdrückt. Denn eine Beschränkung auf bestimmte Benutzungshandlungen ist schon dann gegeben, wenn man nur tatsächliche Benutzungshandlungen zuläßt. Wenn dann innerhalb der tatsächlichen Benutzungshandlungen allein auf die unmittelbar wirkenden abgestellt werden soll, so ist das eine weitere Beschränkung innerhalb der schon auf die tatsächlichen beschränkten Nutzungs-

handlungen und nicht ganz allgemein eine "Beschränkung auf Benutzungshandlungen".

Der BGH erspart sich also eine Rechtfertigung einer einschränkenden Auslegung durch Beschränkung des zulässigen Dienstbarkeitsinhalts auf unmittelbar wirkende Handlungen, weil er die Behauptung von der offenbar vom Gesetz gewollten Beschränkung aufstellt. Danach hat das Gesetz diese Absicht zwar offenbart, aber unausgesprochen gelassen, wie sie verwirklicht werden soll ! Die entscheidende Frage ist aber gerade, ob das Gesetz eine solche Beschränkung wirklich gewollt hat. Denn offenbaren tut das Gesetz, jedenfalls in § 1018, darüber nichts ⁹⁵⁾.

Im folgenden ist daher zu untersuchen, ob bei der Anwendung der verschiedenen Auslegungskriterien auf die gesetzliche Regelung der §§ 1018 ff. sich ein Ergebnis zeigt, das zu einer vom BGH gewollten einschränkenden Auslegung führen könnte.

2.) Ausgangspunkt einer Gesetzesauslegung

Um die Bedeutung der einzelnen zu untersuchenden Auslegungsmöglichkeiten, die eine einschränkende Auslegung rechtfertigen könnten, von vornherein in ihrem Aussagewert zu umgrenzen, soll vorweg etwas über den grundsätzlichen Rahmen, in dem sich eine Gesetzesauslegung bewegt, gesagt werden. Denn seit dem Ende des 19. Jahrhunderts stehen sich zwei Theorien gegenüber, die in ihrem Endpunkt ein verschiedenes Erkenntnis-

95) Es ist zu bedenken, daß die Verwendung des Wortes "offenbar" die Vorstellung erwecken muß, als gäbe es nichts Selbstverständlicheres als eine solche Beschränkung.

ziel haben. Es sind die subjektive und die objektive Theorie.

a) Die subjektive Theorie

Eine andere Benennung für sie wäre die Willens-
theorie, da sie die Erforschung des historisch-
psychologischen Willens des Gesetzgebers zum
Ziele hat. Sie will auf dem Weg über die Ent-
stehungsgeschichte und die amtlichen Begründun-
gen dem Willen der an der Gesetzgebung beteilig-
ten Personen besondere Bedeutung zumessen. Ein
Teil der Rechtsprechung hat dem sogar so weit-
gehend zur Geltung verholfen, daß bei verschie-
denen Auslegungsmöglichkeiten im Zweifel derje-
nigen der Vorzug zu geben sei, die dem Willen
des Gesetzgebers am meisten entspreche ⁹⁶⁾.

b) Die objektive Theorie

Ziel der Auslegung der objektiven Theorie ist
die Erschließung des dem Gesetzeswortlaut inne-
wohnenden vernünftigen Sinnes. Darin kommt in
erster Linie die Unabhängigkeit vom Willen des
historischen Gesetzgebers zum Ausdruck, der für
sie nur eine untergeordnete Rolle spielt. Ent-
scheidend geht es deshalb der objektiven Theorie
auch darum, eine gegenwartsbezogene Auslegung
eines Rechtssatzes zu erreichen, die einem mög-
lichen Bedeutungswandel einer Norm Rechnung tra-

96) Vgl. RGZ 104, 171, 173; 139, 110, 112;

BGH in LM Nr. 3 zu § 133 BGB.

Ähnlich BGHZ 3, 162 und 308. Vgl. dazu in
der Literatur: Enneccerus-Nipperdey Allg.
Teil BGB, 15. Aufl., § 54 II; Heck AcP 112,
1 ff.(59); Larenz, S. 237, 238; Nawiasky,
Allg. Rechtslehre, 2. Aufl. 1948, S. 126 ff.

gen kann 97). Die entschiedenste Stellung im Sinne der objektiven Theorie hat das BVerfG 98) bezogen, wenn es in seinem Leitsatz ausführt, daß maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers sei, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergebe. Nicht entscheidend dagegen sei die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung 99).

c) Verbindung der beiden Theorien

Der ursprünglich scharfe Gegensatz von objektiver und subjektiver Auslegungsmethode besteht nicht mehr. Bei der Auslegung werden vielmehr überwiegend Elemente beider Methoden berücksichtigt 100). Die objektive Theorie muß nämlich berücksichtigen, daß der dem Gesetz immanente Zweck

97) BVerfG E 1, 299; vgl. aber auch Müller, JZ 1962, 471 ff., der nachzuweisen versucht, daß diese wie auch spätere Entscheidungen des BVerfG (z.B. Bd. 6, 75; 10, 243 f.; 11, 130) in Wahrheit eher der subjektiven Methode folgen.

98) Ähnlich BGH St 1, 74 ff.

99) Vgl. statt aller Larenz S. 238 ff.; Zimmermann NJW 1954, 1630. Selbst Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil BGB, 15. Aufl., § 54 II mischt im Endergebnis beides miteinander.

100) Vgl. Esser, Einführung in die Grundbegriffe, S. 183 ff.; Reichel, Gesetz und Richterspruch, S. 67.

(Gesetzeszweck) ursprünglich und zunächst den subjektiven Zweckvorstellungen des historischen Gesetzgebers entsprach und insoweit in dem Gesetz weiter fortwirkt. Demgegenüber muß die subjektive Theorie anerkennen, daß auch der subjektive Wille des Gesetzgebers immer ein objektiv bestimmbares Ganzes zum Ziele hat, das gerade mit der Dauer seines Bestehens durch eine mit der Zeitanschauung gehende Betrachtung Wirkungen und Vorstellungen erzielen kann, die über die zu seiner Entstehung führenden Erkenntnisse des Gesetzgebers hinausgehen.

Die Verbindung beider Methoden klingt auch beim BVerfG ¹⁰¹⁾ an, wenn es darauf hinweist, daß der Entstehungsgeschichte insofern Bedeutung zukomme, als sie die Richtigkeit einer erhaltenen Auslegung bestätige oder Zweifel behebe, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden könnten. Auch Westermann als Anhänger der objektiven Theorie ¹⁰²⁾ hellt den scharfen Gegensatz zur subjektiven Theorie weitgehend auf, wenn er erklärt ¹⁰³⁾, daß für das Herausfinden im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochener Bewertungsmaßstäbe - gerade die Ermittlung der Bewertungsmaßstäbe sei Aufgabe der Auslegung ¹⁰⁴⁾ - die Entstehungsgeschichte wertvolle Anhaltspunkte liefern könne. Eine wichtige Gleichstellung erreichen subjektive und objektive Theorie auch in dem Punkt, als beide bei der Auslegung die

101) a.a.O.

102) Festschrift Karl Arnold, S. 285, Interessenkollision S. 4, insbes. Anm. 6

103) Das Verhältnis S. 25/26

104) Interessenkollision S. 4

Notwendigkeit anerkennen, auf den Zeitpunkt der Rechtsanwendung abzustellen ¹⁰⁵⁾, weil der einmal stattgefundene Akt der Rechtssetzung fortan dem Einfluß der Zeit unterliegt ¹⁰⁶⁾.

So sollen im folgenden subjektive wie objektive Auslegungskriterien hinsichtlich der §§ 1018 ff. betrachtet werden. Innerhalb der Auslegung jeweils sind dann, falls erforderlich, Korrekturen in Richtung der dem Gesetz für den Jetztzeitpunkt entsprechenden Bewertungsfaktoren und eines ihm innewohnenden vernünftigen Sinns vorzunehmen.

3.) Woher könnte sich die einschränkende Auslegung der §§ 1018, 1090 rechtfertigen ?

a) Der Gesetzestext seinem Wortsinn nach

Jede Auslegung eines Textes beginnt mit der Ermittlung seines Wortsinns. Das entspricht der kaum mehr bewußten Reaktion eines Menschen auf eine an ihn gestellte Frage: Er versucht deren Wortsinn entsprechend dem ihm vertrauten Sprachgebrauch zu erfassen.

105) Westermann, Das Verhältnis, Anm. 33.

106) So Larenz S. 240. In diesem Sinne auch die in neuerer Zeit vertretene "mehrstufige Rechtsfindungsmethode", vgl. G. und D. Reinicke NJW 1952, 1033 und 1153; NJW 1955, 1380 und 1662; Bender JZ 1957, 593, 601. Danach spannt sich die Auslegung über den subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers und vorhandene Wertungen des Gesetzgebers hin zur Anpassung an einen etwa eingetretenen Wandel der vom Gesetzgeber seiner Zeit zugrunde gelegten Normsituation.

"Gewisse Handlungen auf dem Grundstück" in der Formulierung des § 1018 ist der hier zu erfassende Text. Die erst aus dem Text ersichtliche Einschränkung des Begriffs "Handlungen" ergibt sich aus der durch das "auf" gekennzeichneten räumlichen Beziehung zu dem Grundstück. Es müssen von daher tatsächliche Handlungen sein ¹⁰⁷⁾.

Vom Wortlaut her könnte sich dann nur noch aus dem Wort "gewisse" eine Möglichkeit ergeben, die tatsächlichen Handlungen auf dem Grundstück einzuengen. In dem Sinne einer Beschränkung könnte aber "gewisse", da es aus sich ein sachliches Kriterium dafür nicht abgibt, nur ein Hinweis auf eine noch aus dem Text folgende Beschränkung sein. Eine solche gibt es aber nicht.

Dann aber ist das Wort "gewisse" auf die weitere sprachliche Möglichkeit zu prüfen, daß es, ohne auf einen speziellen Sachverhalt zu verweisen, abstrakt gesehen immer nur einzelne Handlungen meint, gleich der in der ersten Belastungsmöglichkeit vom Gesetz gewählten Formulierung "in einzelnen Beziehungen". Zieht man dann die Erkenntnis hinzu, daß es um eine Eintragung im Grundbuch geht, bei der genau erkennbar sein muß, um welche Handlung es geht, dann wird deutlich, daß "gewisse" das Erfordernis ausdrücken soll, daß es bei der verbotenen Handlung einer konkreten Umschreibung ihres Rechtsinhalts bedarf. Nur inhaltlich genau bestimmte Handlungen können verboten werden. "Gewisse" bedeutet also soviel wie

107) Vgl. oben III 1 a.

"im einzelnen bestimmte" Handlungen 108). Für eine generelle einschränkende Auslegung des § 1018 gibt sein Wortlaut somit nichts her.

b) Historisch-genetische Auslegungsmethode

aa) Die historische Interpretation

Die historische Interpretation ist die Auslegung einer Rechtsnorm nach ihrer geschichtlichen Entwicklung. Sie zieht Vergleiche zur früheren Gesetzgebung, soweit diese die gleichen Fragen zu regeln hatte, und untersucht, in welcher Form der Gesetzgeber auftauchende Konflikte damals entschieden hat. Die Notwendigkeit der historischen Interpretation ergibt sich aus der Erkenntnis, daß gesetzliche Regelungen nur in der Zusammenschau mit der Vergangenheit voll verständlich werden, weil Gesetz und Norm Zeugnisse der Wertungen ihrer Zeit und ihrer Schöpfer sind.

Für die hier zu prüfende Frage und die Suche nach einem Anhaltspunkt für eine einschränkende Auslegung des § 1018 führt das zu der Fragestellung, ob die gesetzgeberische Entwicklung in ihren Grundzügen 109) von der allgemeinen Zulässigkeit von Dienstbarkeiten zu einer spezi-

108) Als zu unbestimmt wurde daher die Eintragung angesehen, das Grundstück dürfe lediglich zum Betrieb einer Bierbrauerei und Landwirtschaft benutzt werden. Vgl. KGJ 53, 152.

109) Eine Darstellung von Einzelheiten würde für die vorliegende Arbeit zu weit führen.

fizierten, d.h. einem an engere Voraussetzungen gebundenen Inhalt verlief oder umgekehrt. Nur im ersteren Fall könnte ein Anhaltspunkt für eine vom Gesetzgeber des § 1018 gewollte einschränkende Auslegung der zu verbotenden Handlungen gegeben sein.

aaa) Römisches Recht als Ausgangspunkt

Das älteste römische Recht kannte nur eine kleine geschlossene Zahl bestimmter Typen von Prädialservituten ¹¹⁰⁾, wie sie den geringen Bedürfnissen des bäuerlichen Lebens entsprachen. Grundsätzlich wollte das römische Recht belastungsfreies Eigentum ¹¹¹⁾, denn es ließ die Servitut als einziges Recht an einer fremden Sache zu, während sich alle anderen iura in re erst im Laufe der späteren Entwicklung herausbildeten ¹¹²⁾. Es gab die Servitut nur in einigen inhaltlich genau festgelegten Grenzen. Zunächst bei den Prädialservituten nur ganz bestimmte Formen von Wege-, Wasser- und Weidgerechtigkeiten zugunsten von Feldgrundstücken, die sog. Rustikal- oder Feldservituten. ¹¹³⁾ Die Entwicklung städtischer Verhältnisse in Rom führte dann zur Zulassung bestimmter Typen von Gebäudedienstbarkeiten, den Urbanalservituten ¹¹⁴⁾. Aber auch dieser geschaffene numerus

110) Sie entsprechen den heutigen Grunddienstbarkeiten des BGB

111) Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. 3, S. 332 ff.

112) Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger § 57 S. 323 f.

113) Vgl. Elvers, Röm. Servitutenlehre, Marburg 1856, § 1.

114) Vgl. Kaser § 105 II

clausus für begründbare Servituten wurde im Laufe der Zeit von der römischen Rechtswissenschaft im Sinne einer erheblichen Erweiterung durchbrochen, indem sie an die Stelle der Aufzählung aller begründbaren Dienstbarkeiten unter genauer Festsetzung ihres Inhalts im Anschluß an die ältesten und gebräuchlichsten Formen allgemeine Grundsätze für die Zulässigkeit von Servituten aufstellte ¹¹⁵⁾. Das dienende Grundstück mußte kraft seiner natürlichen Beschaffenheit auf die Dauer den in der Servitutbefugnis liegenden Nutzen für das herrschende Grundstück gewährleisten, die sog. causa perpetua ¹¹⁶⁾. Weiter konnte eine Prädialservitut nur bestellt werden, wenn sie die Bedingungen des herrschenden Grundstücks irgendwie verbesserte, die sog. utilitas fundi ¹¹⁷⁾. Außerdem war Voraussetzung, daß das dienende und das herrschende Grundstück irgendwie einander benachbart waren, sog. vicinitas ¹¹⁸⁾. Im Rahmen dieser allgemeinen Erfordernisse konnten die Prädialservituten frei ausgestaltet und den praktischen Bedürfnissen angepaßt werden ¹¹⁹⁾. Hinsichtlich der Personalservituten ¹²⁰⁾ wurde eine Beschränkung durch Begrenzung der Bela-

115) Vgl. Kaser § 105 III

116) D VIII 2 I 28: omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent.

117) Vgl. RGZ 30, 207

118) Vgl. Wolff-Raiser § 106 IV, 1

119) Vgl. Kaser § 105 III

120) Dazu gehören: usus fructus, usus, habitatio, und operae servorum. Von ihnen leiten sich Nießbrauch und besch.persönl. Dienstbarkeit ab.

stungszeit erreicht, um so die im Einzelfall weit zurückgedrängten Eigentümerbefugnisse zu sichern. Außerdem waren sie an den Begünstigten gebunden und deshalb unveräußerlich und unvererblich ¹²¹⁾. Auch hier fand eine Erweiterung statt, als es bei den irregulären Personalerservituten möglich wurde, Nutzungsbefugnisse entsprechend den Prädialservituten zum Inhalt von Personalerservituten zu machen ¹²²⁾.

Mit diesen entscheidenden Abweichungen von dem ursprünglich eng begrenzten Kreis von Dienstbarkeiten zu allgemeinen Erfordernissen war der Weg frei, durch Ausweitung und Abschwächung auch dieser allgemeinen Erfordernisse einen immer weiteren Rahmen für einen zulässigen Dienstbarkeitsinhalt zu stecken.

bbb) Die Entwicklung bis zum Erlaß des BGB

Die vom römischen Recht immerhin noch gewollte Beschränkung des Belastungsinhalts wurde in der gemeinrechtlichen Entwicklung stark zurückgedrängt ¹²³⁾. Dem lag eine vergleichbare Entwicklung zugrunde, wie schon bei der Ausweitung im römischen Recht. Mußte dort eine Anpassung an das sich entwickelnde städtische Leben gefunden werden, so war es jetzt die aufkommende gewerbliche und industrielle Wirtschaft, die vom Dienstbarkeitsrecht verlangte, den neuen Bedürfnissen gerecht zu werden und den Dienstbarkeitsinhalt zugunsten gewerblicher Betriebe zu erweitern ¹²⁴⁾. So wurde z.B. der Grundsatz von der

121) Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger § 57 I

122) Vgl. Kaser, Studienbuch, § 29 II

123) Vgl. dazu im einzelnen sehr ausführlich Surén S. 17 ff

124) Vgl. RGZ 30, 205 ff.

vicinitas fallengelassen und mit der utilitas zusammengeworfen.

Sehr weit in der Auflockerung der Begrenzung des Dienstbarkeitsinhalts ging dann das preuß. allg. Landrecht (ALR), das im Endergebnis jedes Gebrauchs- und Nutzungsrecht verdinglichte und neben der vicinitas auf die causa perpetua verzichtete, da ein vorübergehender Vorteil genügen sollte ¹²⁵⁾.

Die Vorlage des Redaktors zum Recht der Grunddienstbarkeiten versuchte in § 231 der Vorlage eine Begriffsbestimmung der Grunddienstbarkeit. Die 1. Kommission ¹²⁶⁾ verzichtete im Anschluß an das ALR auf eine Definition, sondern teilte die Grunddienstbarkeit als Eigentumsbeschränkung in drei Klassen ein, die im Kern den drei heute in § 1018 enthaltenen Belastungsmöglichkeiten gleichen; denn die 2. Kommission strich nur einiges ¹²⁷⁾, von dem sie annahm, daß es inhaltlich in der bestehen bleibenden Formulierung auch nach der Streichung noch enthalten bleibe. Bis zum Wortlaut des heutigen § 1018 erfolgten dann nur noch Änderungen rein redaktioneller Bedeutung.

Die Tendenz der Inhaltsbeschränkung der Grunddienstbarkeit läßt sich somit dahingehend zusammenfassen:

Im römischen Recht waren die inhaltlichen Grenzen sehr eng, im Laufe der Zeit wurden diese aber

125) Vgl. Surén S. 29

126) Prot. I S. 436

127) Prot. II Bd. 3 S. 308

erweitert. Am weitesten ging hierin das ALR; demgegenüber lehnte sich zwar die Vorlage des Redaktors mehr an das engere römische Recht an, aber die 1. und 2. Kommission haben die strengen Anforderungen wieder gemildert, so daß bei der Subsumtion nach heutigem Recht die bis und bei Erlaß des BGB anhaltende Tendenz der Erweiterung der inhaltlichen Grenzen zu berücksichtigen ist und jede Grunddienstbarkeit zuzulassen ist, soweit es nach dem Gesetz irgend möglich ist 128).

Will man für diese Entwicklung eine weitere Erklärung und Rechtfertigung suchen, so ist dazu festzustellen, daß in allen früheren Rechten die Grunddienstbarkeit einer Eintragung in ein Grundbuch zur Entstehung nicht bedurfte, während dies nach heutigem Recht notwendig ist, so daß eine Rechtsunsicherheit nur noch in geringem Umfang besteht 129). Dem Erfordernis der Rechtssicherheit für das Erkennen des Umfangs einer

128) Diese aus der historischen Entwicklung begründete Annahme einer grundsätzlich weitestmöglichen Auslegung des Gesetzes findet u.a. eine sinnvolle Grenze darin, daß, falls eine nach dem BGB zulässige Grunddienstbarkeit wirtschaftlich schädlich sein sollte, es gem. Art. 115 EGBGB den Landesregierungen freisteht, einzelne Arten von Grunddienstbarkeiten zu beschränken oder völlig zu untersagen, wie das wohl z. B. bezüglich des Jagdrechts in fast allen Ländern geschehen ist.

129) Schon bei Windscheid-Kipp, Pandekten 1887, S. 1076, wird die damals unbekannte Eintragung und Bekanntmachung einer Belastung als Grund für die besonders engen Grenzen der Prädialservituten im römischen Recht angegeben, um eben seinerzeit die Rechtssicherheit über das Ausmaß einer Belastung zu garantieren.

Belastung wird somit durch die Einrichtung des Grundbuchs gedient, ihm braucht nicht durch eine Einengung des zulässigen Dienstbarkeitsinhalts entsprochen zu werden.

Die historische Interpretation bietet daher keinen Anhaltspunkt für eine allgemein einschränkende Auslegung des § 1018.

bb) Die genetische Interpretation

Diese eng mit der historischen Interpretation zusammenhängende Auslegungsform versucht aus den Vorarbeiten, Entwürfen, Motiven, Protokollen und Verhandlungen in Gesetzgebungskommissionen, insgesamt also aus den sog. Gesetzesmaterialien, die dem Gesetzgebungsakt vorausgingen und irgendwie auf ihn eingewirkt haben, Aufschlüsse für die Deutung einer Gesetzesbestimmung zu gewinnen.

Diese teilweise Unselbständigkeit der dabei gefundenen Ergebnisse ergibt sich aus dem oben aufgezeigten Erkenntnisziel der objektiven Theorie, daß nämlich der aus der genetischen Interpretation ermittelte Sinn einer Norm erst dann entscheidende Bedeutung bekommt, wenn er mit dem auf Grund anderer Auslegungskriterien gefundenen Ergebnis übereinstimmt, welches als auch heute noch normimmanent ermittelt wird ¹³⁰⁾.

Für die Beantwortung der hier gestellten Frage, müßte sich aus den Gesetzesmaterialien ein Anhaltspunkt dafür herleiten lassen, daß der Gesetzgeber mit der Fassung des § 1018 eine besondere Beschränkung des zulässigen Inhalts einer

130) Vgl. Zweigert, Studium Generale 1954, S. 383

Dienstbarkeit gewollt hat.

Die einzige Stelle in den Motiven ¹³¹⁾ zur Frage des Umfangs der Eigentümerbeschränkung geht dahin, "daß etwas zu unterlassen ist, was kraft des Eigentums am herrschenden Grundstück an sich erlaubt sein würde. Der Umfang der Eigentümerbeschränkung und des beschränkenden Rechts wird im Einzelnen durch den Privatwillen bestimmt". Dieser Formulierung kann nur der Gedankengang entnommen werden, daß alles, was überhaupt eine tatsächliche Handlung auf dem Grundstück darstellt - und das sind alle tatsächlichen Handlungen, ob unmittelbar wirkend oder ob eine Verschiedenheit darstellend oder nicht - Inhalt einer Dienstbarkeit sein kann¹³²⁾, sofern die Parteien es wollen. Eine Unterscheidung nach der Bedeutsamkeit der einzelnen Benutzungshandlungen kann dieser Stelle wie den gesamten Formulierungen zum Dienstbarkeitsinhalt in den Motiven nicht entnommen werden. Nichts anderes besagten nämlich auch Formulierungen in den Motiven wie: "Da der Privatautonomie die Spezialisierung des Servituteninhalts überlassen bleibt" ¹³³⁾ oder: "Die Zulassung der rechtsgeschäftlichen Begründung von Grunddienstbarkeiten findet ihr gesetzgeberisches Motiv in dem wirtschaftlichen Zwecke der zu begründenden Rechte und ist deshalb dergestalt durch

131) Motive zum BGB Bd. 3 S. 479

132) Ergänzend müßte hier eingefügt werden: und weitere, nicht in § 1018 enthaltene Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind. Über das Verhältnis von § 1018 zu nachfolgenden Vorschriften ist aber erst später etwas zu sagen.

133) Motive Bd. 3 S. 480

absolute Vorschrift eingeschränkt, daß sie nur soweit reicht, als der wirtschaftliche Zweck der Grunddienstbarkeit verlangt".¹³⁴⁾ Mit dieser Einschränkung ist aber nichts anderes als der § 1019 gemeint, der nach h.M.¹³⁵⁾ zwingende Vorschrift im Recht der Dienstbarkeiten ist ¹³⁶⁾.

Erst recht keinen Ansatzpunkt zu einer Beschränkung der Handlungen auf dem Grundstück gibt in den Motiven ¹³⁷⁾ der allgemeine Hinweis, "daß durch die Eigentümer der belasteten Grundstücke Handlungen unterlassen werden müssen, zu deren Vornahme der Eigentümer infolge der ihm in den §§ 849 - 965 beigelegten, sein Recht erweiternden Befugnisse berechtigt sei". Eine Qualifikation bestimmter Handlungen innerhalb derer, die Handlungen auf dem Grundstück sind, wird damit sogar ausgeschlossen, wenn man von der oben gezeigten Qualifikation durch das Wörtchen "auf" absieht.

Auch die historisch-genetische Auslegungsmethode vermag also keinen Anhaltspunkt für eine einschränkende Auslegung des § 1018 zu geben.

- c) Der Bedeutungszusammenhang und die Systematik des Gesetzes - insbesondere das Verhältnis von § 1018 und § 1090

Die systematische Interpretation kann in einer doppelten Form aufgefaßt werden; Systematische

134) Motive Bd. 3 S. 481

135) Vgl. statt aller Soergel-Siebert-Baur Anm. 5 zu § 1019

136) Das Verhältnis von § 1018 und § 1090 ist später zu kennzeichnen

137) Motive Bd. 3 S. 475

Interpretation im Rahmen der gesamten Rechtsordnung (systematische Interpretation i.w.S.) und systematische Interpretation im Rahmen des einzelnen Gesetzes (systematische Interpretation i.e.S.). Nur von der letzteren soll hier ausgegangen werden, weil es darum geht, innerhalb des BGB und darin wieder nur innerhalb der geschlossenen Regelung der Dienstbarkeiten nach einem Ansatzpunkt für eine einschränkende Auslegung des § 1018 zu suchen.

Soweit es um den Bedeutungszusammenhang geht, muß bei mehreren möglichen, nach dem Wortsinn offenbleibenden Bedeutungen einer Gesetzesformulierung derjenigen der Vorzug gegeben werden, die im Gesamtzusammenhang der betreffenden Regelung einen durchgehenden, verständigen Sinn ergibt ¹³⁸⁾. Denn es geht bei einer Gesetzesfassung nicht um die Vielzahl, die Summe einzelner Normen, sondern um ihre gesamte einheitliche Wirkung, die darin besteht, daß die einzelnen Rechtssätze einschränkend, ergänzend oder bestärkend ineinander greifen ¹³⁹⁾.

Die an dem Wortsinn gemessene Formulierung "gewisse Handlungen auf dem Grundstück" läßt nur die eine Bedeutung bestehen, daß es sich um tatsächliche, im Einzelfall genau gekennzeichnete Handlungen auf dem Grundstück handeln muß, zu denen Rauchen, Trinken, Trompetenspielen als eben Handlungen gerade auf dem be-

138) Vgl. Larenz S. 244

139) Vgl. F.Somló, Juristische Grundlehre S. 382: Es gibt gar keine einzelnen Rechtsnormen für sich, sondern nur Rechtsnormen, die in ihrem Zusammenhang gelten.

stimmten Grundstück, und nicht sonstwo, genau so gehören, wie das Halten oder Errichten eines Gewerbebetriebes oder andere tatsächliche Handlungen. Die Frage nach dem Bedeutungszusammenhang in dem oben gekennzeichneten Sinne kann also nicht zum Zuge kommen, da nach dem Wort-sinn keine Bedeutung offen bleibt. Diese Formulierung des Gesetzes in § 1018 taucht auch nicht an anderer Stelle in einem anderen Zusammenhang noch einmal auf, auch nicht mit irgendeinem den Sinn und die Reichweite einschränkenden Zusatz. Danach muß festgestellt werden, daß die Frage nach dem Bedeutungszusammenhang in diesem Sinn keine positive Antwort für eine einschränkende Auslegung hergibt.

Auf der Suche nach einem Anhaltspunkt für eine einschränkende Auslegung des § 1018 stellt sich aber auch die Frage, ob die Stellung der Vorschrift im Gesetz etwas zur Rechtfertigung einer einschränkenden Auslegung hergibt. Für die Stellung des § 1018 ist das schon deshalb zu verneinen, weil er die erste grundlegende Vorschrift im Recht der Dienstbarkeiten ist, die eine begriffliche Klärung bringt. Alle weiteren über § 1018 hinausgehenden und als notwendig erachteten Voraussetzungen einer zulässigen Eintragung waren in den folgenden Paragraphen zu regeln und sind auch dort geregelt worden, wie die §§ 1019 ff. zeigen. Lehmann sowie der dessen Argumentation übernehmende BGH lassen unausgesprochen, worin sie die vom Gesetz "offenbar" gewollte Beschränkung

sehen, die sie in den Abgrenzungskriterien, insbesondere dem Erfordernis der Verschiedenheit der Benutzung und der unmittelbaren Wirkung des Verbots bestimmter Handlungen, zum Ausdruck bringen wollen. Da aber der § 1019 die einzige Vorschrift ist, die eine zwingende Beschränkung in Form des Zulässigkeitserfordernisses des Vorteils für das herrschende Grundstück enthält, liegt die Vermutung nahe, daß der BGH die "offenbare" Beschränkung dem § 1019 entnehmen will, um sie als einen allgemeinen Gedanken dann schon in § 1018 zum Zuge kommen zu lassen. Warum diese Verbindung von § 1018 mit § 1019, wenn der verborgen gebliebene Gedankengang des BGH so gewesen sein sollte, wofür die eben genannte Vermutung spricht, unrichtig ist, soll mit folgender Überlegung gezeigt werden.

§ 1019 verlangt, daß die Grunddienstbarkeit für die Benutzung des herrschenden Grundstücks einen Vorteil bietet. Dabei braucht der Vorteil nicht in Geldwert umsetzbar zu sein, er kann durch Gewährung allgemein geschätzter Annehmlichkeiten oder in der Befriedigung anerkannter ästhetischer und sozialpolitischer Zwecke liegen ¹⁴⁰⁾. Daran wird deutlich, daß die tatsächlichen Verhältnisse, die in jedem einzelnen Fall verschieden gelagert sein können, erst ausschlaggebend für die endgültige

140) Auf die umfangreiche Rechtsprechung zu dem Begriff "Vorteil" und seine genaue Ausprägung braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Vgl. statt aller Staudinger-Ring Anm. 2 ff. zu § 1019.

Zulässigkeit einer Dienstbarkeit sind. So ist z.B. die Rechtsprechung in Fragen des Konkurrenzverbots nicht immer einheitlich, eben weil die tatsächlichen Verhältnisse in jedem einzelnen Fall verschieden gelagert sind ¹⁴¹⁾. Abstrakt betrachtet gleichlautende Formulierungen als Eintragungen einer Dienstbarkeit können somit dort zulässig und woanders als Eintragung unzulässig sein, weil in dem einen Fall der Grundstücksvorteil auf Grund der besonderen Umstände gegeben ist und in dem anderen nicht. Daran zeigt sich die auslesende Wirkung und die Bedeutung des § 1019 allein für den Einzelfall. Das Verhältnis von § 1018 zu § 1019 ließe sich deshalb dahingehend formulieren: § 1018 regelt den generell nach sachenrechtlichen Grundsätzen theoretisch möglichen Inhalt einer Grunddienstbarkeit, während dann § 1019 mit seiner zwingenden Voraussetzung des Grundstücksvorteils über die Zulässigkeit der Dienstbarkeit für den Einzelfall entscheidet.

Hieraus ergibt sich nun, daß dem § 1019 eine ganz speziell regelnde Funktion innewohnt und er keinen vom Einzelfall losgelösten allgemein gültigen Gedanken einer grundsätzlichen Beschränkung des Dienstbarkeitsinhalts enthält. § 1019 kann somit nicht als Rechtfertigung für eine generelle Beschränkung mit in § 1018 hineingenommen werden, denn dann käme man ungerechterweise schon gemäß § 1018 zur

141) Vgl. die übersichtliche und ausführliche Gegenüberstellung der Rechtsprechung bei Staudinger-Ring Anm. 4 zu § 1019

Unzulässigkeit eines Dienstbarkeitsinhalts, anstatt das erst im Einzelfall zu prüfen. Man nähme dem Einzelnen die Möglichkeit, daß eine gleiche Dienstbarkeit auf Grund der Verschiedenartigkeit der Grundstücke, ihrer Lage und ihrer von daher erst verschieden starken (mittel- oder unmittelbaren) Auswirkungen auf die Benutzung der Grundstücke dort zulässig und dort unzulässig sein kann. Daß das aber möglich ist, zeigt die nicht immer einheitliche Rechtsprechung zu der Zulässigkeit der Eintragung eines gleichlautenden Dienstbarkeitsinhalts, die eben aus den verschiedenen Gegebenheiten des Einzelfalls gerechtfertigt ist. Das Verhältnis von § 1018 und § 1019 ist, das wird hier deutlich, mitentscheidend für eine zweckgerechte Inhaltsbestimmung des Grunddienstbarkeitsinhalts.

Diese Trennung von § 1018 und § 1019 in dem Sinn, daß die in § 1019 getroffene Beschränkung des Grunddienstbarkeitsinhalts noch keine Bedeutung für die Frage nach dem zulässigen Inhalt gemäß § 1018 haben kann, ist später noch von Bedeutung, wenn eine für § 1018 gefundene Formulierung, was unter "gewissen Handlungen" auf dem Grundstück zu verstehen ist, auf ihre Brauchbarkeit hin zu prüfen ist.

Weder der Bedeutungszusammenhang noch die systematische Stellung des § 1018 innerhalb der Dienstbarkeitsvorschriften sprechen somit für eine einschränkende Auslegung des § 1018.

d) Teleologische Methode

Die teleologische Interpretation geht davon aus, daß Rechtsetzung Zwecksetzung sei, eine Abwägung von Interessen nach Zweckgesichtspunkten; d.h. diejenigen Vorstellungen aufzudecken, die für die Rechtsetzung und damit dann für die aus der Rechtsetzung im Wege der Gesetzgebung hervorgegangene Rechtsnorm kausal gewesen sind und noch sind, ist das Anliegen der teleologischen Interpretation. Sie will die causa legis erforschen, die über die occasio legis, der historischen Veranlassung des Gesetzes hinausgeht, wenn auch erst durch sie voll verständlich wird 142). Kohler 143) hat das dahingehend formuliert, daß es für die Interpretation wichtig sei, den Ursachen des Gesetzes nachzuforschen und die Bedürfnisse

-
- 142) Das meint auch Larenz, S. 250, wenn er darlegt, daß die Auslegung dabei von den Zwecksetzungen des historischen Gesetzgebers zwar ausgehe, aber schon dann darüber hinaus, weil sie die Konsequenzen durchdenke, einen Ausdruck präzisiere und dabei den Gedanken des historischen Gesetzgebers weiterdenke. Die Notwendigkeit, zugleich auch auf den Zweck des jeweils in Frage stehenden Instituts abzustellen, betont neuerdings Raiser, a.a.O. S. 163. Diesem Gedanken entspricht auch die oben, III, 3 c, angestellte Überlegung, daß nämlich nicht so sehr auf eine einzelne Norm, als vielmehr auf die einheitliche Wirkung einer jeweiligen gesamten gesetzlichen Regelung abzustellen ist.
- 143) Kohler in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 13 (1886) S. 36

zu erkunden, welche das Gesetz wachgerufen haben.

Das Bedürfnis, das Grundstück belasten zu können, um von daher gegenseitige Interessen zwischen Parteien, die auf die Benutzung und Ausnutzung eines Grundstücks gehen, zu sichern, ist mit der Umwandlung vom Agrarstaat zum Industriestaat entsprechend gestiegen. Es lag auch gleichermaßen der gesetzlichen Regelung im BGB zugrunde, was in den Motiven zum Ausdruck kommt, wenn es heißt ¹⁴⁴⁾, daß die Zulassung der rechtsgeschäftlichen Begründung ihr gesetzgeberisches Motiv in dem wirtschaftlichen Zwecke der zu begründenden Rechte finde. Man kann das auch dahingehend formulieren, daß der Grunddienstbarkeit die Funktion zukommt, im weitesten Sinne wirtschaftlichen Wünschen einer teilweisen Grundstücksbenutzung bzw. Unterlassen einer bestimmten Benutzung die rechtliche Sicherung an der zu benutzenden oder eben nicht so zu benutzenden Sache zukommen zu lassen.

Wie wenig zukünftig auftauchenden wirtschaftlichen Zwecken und persönlichen Interessen (§§ 1090, 1091) Grenzen gesetzt sein sollten, wird daran deutlich, daß der Umfang der Eigentumsbeschränkung im einzelnen durch den Privatwillen bestimmt werden sollte, und es daher nur darum ging, Vorschriften dispositiver Natur zu geben, um die Lösung der der Privatautonomie gestellten Aufgabe zu erleichtern ¹⁴⁵⁾.

¹⁴⁴⁾ Bd. 3 S. 481

¹⁴⁵⁾ Motive Bd. 3 S. 480

Grundlegende Zielsetzung der gesetzlichen Regelung war es also, der Vielfalt aufeinander abzustimmender Interessen und damit Belastungswünschen an einem Grundstück gerecht zu werden und breiten Raum dafür zu lassen. Die Schutzwürdigkeit der Belastung wurde dabei durch Vorschriften wie § 1019 und § 1090 wie auch § 1020 gewährt, der eine den Eigentümer schonende Ausübung der Belastung fordert. Dabei ist auch für § 1019 zu betonen, daß er bei weitem nicht die enge Fassung des Grundstücksvorteils aufweist, wie das römische Recht, und für eine ausdehnende Interpretation von § 1019 sogar noch die Motive ¹⁴⁶⁾ eintreten.

Aus dem grundlegenden Zweck der vom Gesetz geschaffenen Belastungsmöglichkeit eines Grundstücks kann daher eine einschränkende Auslegung nicht gerechtfertigt werden, auch nicht mit dem Argument, der Gesetzgeber habe die Uferlosigkeit der damit gegebenen Belastungsmöglichkeiten nicht bedacht. Ein solches Argument müßte, um Bestand zu haben, die §§ 1019, 1091, 1020 ignorieren. Gerade sie ermöglichen eine sinnvolle Beschränkung einer uferlosen Grundstücksbelastung. Denn wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind, wird immer mit der Zulässigkeit der Eintragung einem zwischen den Parteien bestehenden schutzwürdigen Interesse an der Belastung Rechnung getragen. Das Argument der Uferlosigkeit muß aber schon dann zurückbleiben, wenn dem, der die Belastung zu

146) Motive Bd. 3 S. 418

tragen hat, diese sinnvoll erscheint 147)).

Unter Berücksichtigung objektiv-teleologischer Kriterien, die jeweils dem immanenten Sinn eines gesetzlichen Regelungsbereichs entnommen werden 148), könnte noch dem Gedanken nachgegangen werden, ob es einer aller gesetzlichen Regelung innewohnenden Schutzfunktion des Eigentums entspräche, Belastungen des Eigentums, als dem umfassendsten Recht an einer Sache, wenn möglich, einzuengen.

Zwar gibt das Gesetz, immer wenn es um die Bewahrung und Garantie (vgl. Art. 14 BGG) oder die Durchsetzung des Eigentums geht (vgl. § 985), dem Berechtigten stärkste Ansprüche, aber dabei handelt es sich immer um eine gegen den Willen des Berechtigten eingetretene Zwangslage, während es sich bei den Belastungen wie den Dienstbarkeiten um eine freiwillige Handlung des Eigentümers handelt, deren Umfang er selbst bestimmen kann 149). Durch eine einschränkende Auslegung des § 1018 braucht also im Sinne eines grundsätzlichen Schutzes des Eigentums dem jeweiligen Eigentümer nicht geholfen zu werden.

147) Auf die besondere Interessenlage der Beteiligten ist noch genauer einzugehen.

148) Dazu gehören die "Natur der Sache", die "Grundgedanken" oder "die rechtsethischen Prinzipien". So Larenz, S. 254.

149) Man denke nur an gleichstarke oder stärkere Belastungen des Eigentums wie seine Übertragung, Nießbrauchsbestellung oder Belastung mit Grundschulden.

Speziell für die Wettbewerbsverbote, soweit sie auf das Eigentum des jeweiligen Eigentümers einwirken, kann aus dieser Überlegung heraus insoweit nichts anderes gelten. Die dabei allerdings auftauchende Frage, ob Anlaß oder Notwendigkeit besteht, Gesichtspunkte des Wettbewerbsrechts ¹⁵⁰⁾ nach § 1018 zu transformieren, muß aus folgenden Gründen verneint werden. In jedem Einzelfall nämlich ist sowieso über die Voraussetzungen der §§ 1018 ff. hinaus zu prüfen, ob außerhalb des BGB Schranken für den rechtlichen Bestand und die tatsächliche Wirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten bestehen ¹⁵¹⁾, d.h. ob sie trotz ihrer Zulässigkeit nach dem BGB möglicherweise gegen eine dieser, als weitere Schranke gedachten Vorschriften verstoßen, mit der Folge der dann auszusprechenden Unzulässigkeit ihrer Eintragung. Gesichtspunkte des Wettbewerbsrechts kommen also auf diese Weise notwendig zur Anwendung und Prüfung. Es kommt hinzu, daß die Zielrichtung des GWB weniger unmittelbar in die Richtung geht, das Eigentum des Einzelnen zu schützen, als dahin, den Wettbewerb unter bestimmten Gesichtspunkten fair und chancengleich zu gestalten ¹⁵²⁾. Der Wettbewerb wird, wenn überhaupt, nur mittelbar von der Eigentümer-

150) In Frage kämen z.B. die sich aus den §§ 18, 22, 26 GWB ergebenden Beschränkungen.

151) So neben Vorschriften des GWB auch die §§ 7-10 der GewO. Vgl. dazu auch unten V 1 b.

152) So dient z.B. § 18 GWB dem Zweck, die Freiheit in der Auswahl der Geschäftspartner zu schützen.

stellung zu einem Grundstück bestimmt, als sie nämlich eine günstige Voraussetzung sein kann, am Wettbewerb teilnehmen zu können. Grundsätze zur Wettbewerbsregelung zielen also nicht speziell auf den Eigentumsschutz des Einzelnen ab, so daß sie nicht im Sinne eines grundsätzlichen Schutzes des Eigentums zur Inhaltsbestimmung des § 1018 selbst zusätzlich herangezogen werden müssen. Diese Grundsätze werden vielmehr bei der Frage nach der endgültigen Zulässigkeit einer nach den §§ 1018/1090 zulässigen Eigentumsbelastung insoweit genügend berücksichtigt, als jeweils zu prüfen ist, ob außerhalb des BGB Schranken für die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten bestehen ¹⁵³⁾.

e) Ergebnis der bisherigen Untersuchung

Nach alledem muß zusammenfassend festgestellt werden, daß weder aus der Entstehungsgeschichte der Dienstbarkeit überhaupt, wie speziell aus der Entstehung des BGB, noch aus systematischen Gründen oder aus dem der gesetzlichen Regelung innewohnenden Zweck eine einschränkende Auslegung gerechtfertigt ist. Der BGH-Rechtsprechung kann somit nicht gefolgt werden. Weder die Verschiedenheit in der Benutzungsänderung noch die unmittelbare Wirkung des Verbots noch die Argumentation mit der persönlichen Bindung können als Abgrenzungskriterien anerkannt werden.

153) Zu einzelnen Ergebnissen einer solchen Prüfung vgl. Kaiser, S. 111 ff.

IV. Abgrenzungsversuche in der Literatur und ihre Verwertbarkeit

Die bei weitem überwiegende Literatur übernimmt die von der Rechtsprechung herausgearbeitete Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit ¹⁵⁴⁾. Auf sie und einzelne nicht entscheidende Abweichungen ¹⁵⁵⁾ braucht daher

-
- 154) Vgl. statt aller Palandt-Hoche, Anm. 6 zu § 1018; Planck-Strecker Anm. 2 b zu § 1018; Erman-Ronke Anm. 5 b zu § 1018 und die ausführliche Darstellung bei Staudinger-Ring zu § 1018. Hier fällt allerdings auf, daß in einer Auflage von 1963 die maßgebende BGH-Rechtsprechung nicht erwähnt wird.
- 155) Hier überrascht wegen ihrer Unerklärlichkeit vom sachlichen Gehalt her eine Formulierung bei Meisner-Ring, S. 396: "Daher kann z.B. das Verbot, Bier aus einer anderen als einer bestimmten Brauerei auszuschenken, nicht durch eine Grunddienstbarkeit - wohl aber durch eine beschr. persönl. Dienstbarkeit - dinglich gesichert werden, weil das Gaststättengrundstück selbst keine Minderung im Eigentumsrecht erfährt, sondern lediglich der Gastwirt persönlich in seiner gewerblichen Freiheit". Was hier als Begründung angegeben wird, ist nur der Unterschied zwischen § 1019 und § 1090. Die Unzulässigkeit der Eintragung der Bierservitut folgt für die h. M., der sich Meisner-Ring ganz anschließen, aber aus § 1018, dem § 1090 in der Belastungsmöglichkeit gleicht. Was also schon nach § 1018 unzulässig ist, kann nicht nach § 1090 zulässig sein, selbst wenn dem § 1091 genügt wird !

nicht näher eingegangen zu werden.

Es tauchen aber auch einige selbständige Abgrenzungsversuche auf ¹⁵⁶⁾.

Wenn Lehmann ¹⁵⁷⁾ als weitere Abgrenzungsmöglichkeit vorschlägt, daß das Verbot der Hand-

156) Nicht hierzu gezählt werden kann Hirsch, S. 227, der zwar die Bierservitut z.B. für zulässig halten will, aber keine ausreichende Begründung dafür gibt. Was Hirsch mit erst "sekundärer Wirkung" sagen will, indem er auf die Ausübung des "positiven Gehalts" des dienenden Eigentums gegenüber der Ausschlußmacht abstellt, ist nicht ersichtlich. Er setzt sich nicht mit den Kriterien der Rechtsprechung auseinander, sondern bejaht lediglich die Einwirkung der Bierservitut auf das dienende Grundstück. Genauso wenig braucht hier der umfassende Aufsatz von Knöchlein, BB 1961, 589 ff., ausführlich behandelt zu werden, da er von dem unanfechtbaren Gegebensein der Rechtsprechung ausgeht und nur für die Praxis aufzeigt, welche Kombinationen für gewünschte Eintragungen nach dieser Rechtsprechung noch verbleiben.

157) S. 161. Ihm folgt Surén, S. 81, allerdings nur in Anerkennung des Erfordernisses der Unmittelbarkeit. Es besteht aber zwischen beiden von Lehmann vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien sachlich kein Unterschied. Abweichend will Müller, S. 12 f., im Anschluß an Lehmanns Erwägungen zwar auch solche Handlungen mit einbeziehen, die erst in ihren mittelbaren Wirkungen eine Verschiedenheit in der Benutzung des Grundstücks aufweisen, deren Wirkung müsse dann aber eine nennenswerte und nicht nur unbedeutende sein. Damit ist in der Sache nichts Neues gesagt. Seine weiteren Beispiele für das Gegebensein einer solchen "nennenswerten Einwirkung", ob nämlich z.B. bei dem Verbot billigen (!) Bierverkaufs "Leute aus dem Volk" oder "Gäste aus dem niederen Volk" ferngehalten werden könnten, sprechen überdies für sich selbst.

lungen eine nennenswerte, nicht bloß geringfügige Verschiedenheit in der Benutzung bewirken müsse, so ist damit nichts anderes als schon mit der unmittelbaren Wirkung gewollt. Die Rechtfertigung zu dieser Abgrenzung muß mit den gleichen Argumenten verneint werden.

In Abweichung seiner früheren Auffassung will jetzt Westermann ¹⁵⁸⁾ eine weiter gezogene Abgrenzung vornehmen, indem er sagt, daß alle Handlungen durch Dienstbarkeiten beeinflußt werden könnten, die "sinnvoll auf einem Grundstück zu lokalisieren sind."

Gegen die einschränkende Wirkung, die mit dem Wort "sinnvoll" herbeigeführt werden soll, gilt das oben gegen die einschränkende Auslegung des BGH Gesagte in vollem Umfang. Mit dieser neuen Formulierung wird schon eine Bresche in das bisherige Abgrenzungsschema geschlagen, aber die Formulierung kann noch nicht überzeugen.

Die Anwendbarkeit auf den Einzelfall wird nämlich nicht weniger schwer sein, wenn über das "Sinnvolle" einer Handlung entschieden werden soll. Denn zusätzlich müßten jetzt schwer zu findende Abgrenzungskriterien wieder das Sinnvolle vom Nichtsinnvollen einer Grundstücks-handlung unterscheidbar machen.

Im übrigen ist entscheidend gegen das "sinnvoll" vorzubringen, soweit es als qualifizierendes Moment unter grundsätzlich auf dem Grundstück denkbaren Handlungen verwendet werden soll: Das Vorliegen der Grundstücksbezogen-

158) § 123 II 1

heit einer tatsächlichen Handlung überhaupt, worauf allein § 1018 abstellt, entscheidet sich nicht an dem Ausmaß, Umfang oder Bedeutung der Handlung, worauf aber das "sinnvoll" hinzielt, sondern gerade und nur an ihrem Erlaubt- oder Nichterlaubtsein auf eben dem Grundstück.

Dieser entscheidende Gesichtspunkt richtet sich genau so gegen Lehmanns Begründung einer einschränkenden Auslegung. Er sagt nämlich, daß der Grund, daß das Verbot von Handlungen auf einem Grundstück nicht jede beliebige Handlung meinen könne, die ebensogut auf ihm wie sonstwo vorgenommen werden könne, schon daraus folge, daß das Verbot des § 1018 eine Belastung des Grundstücks selbst, ein Recht an der Sache begründen wolle. Damit soll sichtlich eine Qualifikation nach der Bedeutsamkeit der Handlungen vorgenommen werden. Abgesehen davon, daß eine solche Qualifikation nicht gerechtfertigt ist, muß dann weiter gefragt werden, welche tatsächliche Handlung man abstrakt gesehen nicht auf jedem anderen Grundstück genau so vornehmen kann? Das trifft nicht nur für Tisch-Tennis- oder Trompetespielen zu. Denn das Unterlassen eines (auch eines bestimmten) Gewerbebetriebes, als negative Dienstbarkeit zulässig, paßt in abstrakto - und allein diese Frage regelt wie oben gezeigt § 1018 - zu jedem Grundstück als Belastung. Ob das auch in konkreto der Fall ist, entscheiden die §§ 1019, 1090. Die Unterscheidung in Handlungen, die sonstwo genau so vorgenommen werden können,

wie auf dem Grundstück und solchen, die besonders oder nur auf dem Grundstück vorgenommen werden könnten, ist somit willkürlich und unrichtig.

Mit Recht betont zwar Lehmann, daß das Recht an der Sache selbst bestehen müsse. Aber als Beschränkung der Eigentümerbefugnisse tritt es doch immer erst in der Person des Belasteten zu Tage, daß nämlich gerade er die Handlung auf diesem Grundstück nicht vornehmen darf, ohne daß das Recht dadurch seinen Charakter als Belastung der Sache einbüßt, was sich daran zeigt, daß es die Belastung der Sache ist, die die Verbotswirkung auch gegen jedermann erzeugt.

Eyermann-Fröhler ¹⁵⁹⁾ wenden sich gegen die h.M. und wollen die Bierlieferungsdienstbarkeiten für sachenrechtlich zulässig erachten ¹⁶⁰⁾, indem sie sich auf das KG berufen, daß nämlich für die Zulässigkeit einer Dienstbarkeit ausreichen soll, daß ein zulässiger Zweck mit

159) in Landmann-Rohmer Anm. 11-16 zu § 10 GewO

160) Die Wiedergabe der Rechtsprechung des BGH in Anm. 13 zu § 10 GewO ist unrichtig, denn der BGH hat nicht nur nicht gebilligt, daß das Grundstück bei Vornahme der verbotenen Handlung äußerlich erkennbar einen anderen Verkehrscharakter erhalten müsse, sondern er hat ausdrücklich erklärt, daß es nicht erforderlich sei, daß die Änderung der Benutzung nach außen in Erscheinung trete, vgl. BGH in RpfL. 1959, 125 r.Sp.

privatrechtlichen Mitteln verwirklicht werden soll. Wie wenig mit dieser Argumentation gesagt ist, wurde oben ¹⁶¹⁾ gezeigt. Der Tendenz von Eyermann-Fröhler, als zulässigen Inhalt einer Dienstbarkeit das Verbot aller Handlungen zuzulassen, die kraft des Eigentums am Grundstück vorgenommen werden können, ist aber zuzustimmen. Sie entspricht dem zur Ablehnung einer einschränkenden Auslegung Gesagten.

Im Anschluß an die Bezugnahme der Rechtsprechung auf § 903 zur Abgrenzung der Handlungen im Sinne des § 1018 geht Stammreich ¹⁶²⁾ einen eigenen Weg, indem sie darauf als einziges Kriterium abstellt. Sie geht davon aus, daß die Dienstbarkeit eine Belastung des Eigentums ist. Da sich aus § 903 ergebe, daß sich die dem Eigentümer zustehenden Befugnisse nicht darin erschöpfen, die ihm gehörige Sache zu benutzen, folgert sie, daß die durch die Dienstbarkeit verbotbaren Handlungen nicht auf Benutzungshandlungen beschränkt werden könnten. Vielmehr ergebe sich aus dem grundsätzlich unbeschränkten Recht des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, daß jedes Verfahren mit der Sache seitens des Eigentümers, also auch jede Handlung, die unter irgendeiner Inanspruchnahme der Sache

161) vgl. II 3 c

162) S. 44 ff.

erfolge, in Ausübung des Eigentums erfolge ¹⁶³⁾. Jede Beschränkung der dahingehenden Bewegungsfreiheit bedeute für den Eigentümer zugleich eine Beschränkung des Eigentums ¹⁶⁴⁾. Sie kommt daher zu dem Ergebnis: da das Eigentumsrecht zugleich die Befugnis zur Ausübung der persönlichen Handlungsfreiheit auf dem Grundstück enthalte, sei jede Beschränkung dieser Freiheit zugleich eine Eigentumsbeschränkung, die zum Inhalt einer Dienstbarkeit gemacht werden könne.

Dazu ist festzustellen, daß Stammreich nicht genügend auf den Wortlaut des § 1018 abstellt und daher der räumlichen Beziehung, die durch das "auf dem Grundstück" zum Ausdruck kommt, zu wenig Bedeutung beimißt. Außerdem, und das ist entscheidend, macht sie den logisch zwar möglichen, von § 1018 aber nicht gedeckten und daher unrichtigen Schluß, allein von der Eigentumsbeschränkung auf die Zulässigkeit der

163) Diese mit dieser Gegenüberstellung von Benutzungshandlungen und Handlungen, die unter irgendeiner Inanspruchnahme der Sache erfolgen, gewollte Differenzierung ist aber unbeachtlich. Ihr Aussagewert hängt nur davon ab, wie weit man den Begriff "Benutzen" zieht. Beanspruche ich eine Sache zu einer tatsächlichen Handlung, dann benutze ich damit die Sache auch. Der Begriff "Benutzen" umfaßt dann auch jede Handlung, die unter "irgendeiner Inanspruchnahme der Sache" erfolgt. Der Stärkegrad der Benutzung ist für die Frage des Benutzens oder Nichtbenutzens nicht entscheidend.

164) S. 46

Dienstbarkeit zu folgern. Denn § 903 und der Begriff der "Handlung" in § 1018 decken sich in ihrem Umfang eben nicht, weil § 903 auch noch alle rechtsgeschäftlichen Handlungen mit-erfaßt. So ist es zwar richtig, daß jede Dienstbarkeit eine Eigentumsbeschränkung ist. Aber man kann nicht sagen, und das ist darin nicht eingeschlossen, daß jede Eigentumsbeschränkung auch Gegenstand einer Dienstbarkeit sein kann ¹⁶⁵⁾. Darin liegt der Denkfehler dieser Deduktion. Aus diesem Grunde geht Stamme- reichs unbeschränkte Ableitung aus § 903 fehl.

Gegen die BGH-Rechtsprechung argumentiert - soweit er auf sie sachlich eingeht auch über-zeugend - Grasmüller ¹⁶⁶⁾, ohne allerdings außer der Bezugnahme der Rechtsprechung auf § 903, die er auch ablehnt, weitere rechtfer- tigende oder ablehnende Ansatzpunkte für die

165) So auch Kaiser, S. 57, der sich im übrigen der Abgrenzung des BGH anschließt, S. 62. Wenn er gegenüber der Auffassung Stamme- reichs kritisch bemerkt, daß dann ja eine uferlose Ausweitung der Mög- lichkeiten servitutarischer Belastungen gegeben sei, so ist das eine sachlich nicht zu erfassende Behauptung. "Uferlos gemessen woran?" wäre daraufhin zu fragen. Die Antwort könnte wieder nur die "offenbar" gewollte Beschränkung sein. Er ignoriert damit die §§ 1019, 1091, 1020 und übersieht, daß auf die Vielzahl der Belastungsmöglichkeiten nirgends im Gesetz abgestellt wird, da dem möglichen Interesse zweier Parteien, dem durch § 1019 immer ein schutzwür- diger Charakter abverlangt wird, von daher nicht vorgegriffen werden sollte.

166) S. 110 f.

Rechtsprechung zu untersuchen. Allein aus der Ablehnung der zu nichts weiter führenden Bezugnahme auf § 903 will er schließen, daß die Praxis und Literatur hinsichtlich ihrer weiteren praktischen Folgerungen in Bezug auf die Belastungsnatur des Begriffs "Handlungen" irrige Wege gehe. Dieses Ergebnis, dem zwar zuzustimmen ist ¹⁶⁷⁾, rechtfertigt sich aber nicht allein aus der Erkenntnis, daß eine Bezugnahme auf § 903 überflüssig ist. Das ist den im Laufe der Arbeit angestellten Einzelbetrachtungen hinsichtlich der Argumentation der Rechtsprechung, Vergleichen ihrer Entscheidungsgründe untereinander und dem Zurückgehen auf die Entstehungsgeschichte zu entnehmen.

Auf einem Mißverständnis der neueren BGH-Rechtsprechung muß es beruhen, wenn Grasmüller sein Fazit aus der Überlegung einer unrichtigen Bezugnahme der Rechtsprechung auf § 903 dahin formuliert ¹⁶⁸⁾, daß hieraus die Notwendigkeit einer Preisgabe des dogmatisch ungerechtfertigten Erfordernisses der "Änderung des Verkehrscharakters" erwachse. Wie schon aufgezeigt, hat der BGH daran - jedenfalls so - nicht mehr festgehalten. Grasmüller hätte die Verschiedenheit und die Unmittelbarkeit der Benutzungsänderung untersuchen müssen, um der Rechtsprechung gerecht zu werden. Konsequenterweise ist dann sein Ergebnis ¹⁶⁹⁾, daß nämlich außer den spärlichen, unmittelbar dem

167) vgl. oben III 1 b

168) S. 111

169) S. 112

Gesetzeswortlaut entnehmbaren Inhaltsschranken eine unbegrenzte Gestaltungsfreiheit für "gewisse Handlungen" in § 1018 bestünde.

Auch hier ist der diesem Ergebnis innewohnenden Tendenz, eine einschränkende Auslegung abzulehnen, zuzustimmen.

Daß aber zu dem richtigen Verständnis dieser Gestaltungsfreiheit und einer eindeutigen Inhaltsbestimmung noch wichtige Grundsätze zu berücksichtigen sind, soll im folgenden gezeigt werden.

V. Eigener Abgrenzungs- und Definitionsversuch

In der bisherigen Untersuchung für die Bestimmung des zulässigen Inhalts einer negativen Dienstbarkeit ist wichtigen Grundsätzen aus dem Recht der Dienstbarkeiten noch nicht genügend Beachtung geschenkt worden. Das war allerdings für die Herausarbeitung des bisherigen Ergebnisses auch nicht notwendig.

Es handelt sich dabei um den in Rechtsprechung¹⁷⁰⁾ und Literatur¹⁷¹⁾ anerkannten römisch-rechtlichen Grundsatz: *servitus in faciendo consistere nequit*. Um so erstaunlicher ist es, wie widerspruchsvoll die Rechtsprechung diesem sich mittelbar aus § 1018 für das Recht der Dienstbarkeiten ergebenden Grundsatz, was noch

170) vgl. statt aller KGJ 41,228

171) vgl. statt aller Westermann § 123 II 2 und Gürtler, S. 3

im einzelnen aufzuzeigen ist, Raum gegeben hat.

Dieser Nachweis soll im folgenden gebracht werden, womit zugleich gezeigt werden soll, welche Klärung die konsequente Anwendung dieses Grundsatzes für eine zutreffende Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit bringen kann.

1.) Servitus in faciendo consistere nequit
und ein Vergleich zur Reallast

Nach römischem Recht konnte den Inhalt einer Prädialservitut nur die Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstücks zu einem Dulden oder sonstigen Nichtstun, nicht aber zu einem Tun bilden. Eine einzige Ausnahme wurde in Anpassung an die Lebensverhältnisse dahingehend gemacht, daß bei der servitus oneris ferendi der Eigentümer eines Grundstücks, auf welchem eine Mauer, eine Säule oder dergleichen stand, dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks gestatten mußte, diese Mauer oder Säule als Stütze oder Unterlage für eine bauliche Anlage zu nutzen.

Über das gemeine Recht, das eine Ausdehnung brachte, indem man die vertragliche dingliche Verpflichtung des belasteten Eigentümers zur Unterhaltung aller zur Servitut gehörenden Anlagen und zur Erhaltung eines die Ausübung der Dienstbarkeit ermöglichenden Zustandes überhaupt zuließ, hat auch das allgemeine Landrecht an diesem Grundsatz, daß ein Tun des Belasteten nicht Inhalt der Grundgerechtigkeiten bilden könne, im Prinzip festgehal-

ten, ohne ihn ausdrücklich auszusprechen ¹⁷²⁾
Nachdem in späteren gesetzlichen Regelungen ¹⁷³⁾
der Grundsatz wieder ausdrücklich ausgesprochen wurde, hat das BGB darauf verzichtet, ohne deswegen die Geltung dieses Grundsatzes für das BGB irgendwie in Zweifel zu ziehen oder zu vernachlässigen. Denn die Motive ¹⁷⁴⁾ betonen, daß es sich aus der gesetzlichen Definition (nur Dulden und Unterlassen) von selbst ergebe, daß eine Grunddienstbarkeit nicht den Eigentümer des dienenden Grundstücks zu einer Leistung verpflichten könne, ohne daß dafür im Gesetz noch eine Einschränkung nötig sei ¹⁷⁵⁾.

172) vgl. die §§ 11, 12, 25 I, 22 ABR

173) § 689 des Gesetzbuches für den Kanton Zürich von 1855: Der Inhalt einer Dienstbarkeit kann nie darin bestehen, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks infolge der Dienstbarkeit gehalten werden könnte, unmittelbar etwas zu tun. = oder § 522 S. 1 des BGB für das Königreich Sachsen von 1863: Eine Dienstbarkeit kann nicht darin bestehen, daß der Eigentümer der Sache etwas gebe oder tue.

174) Bd. 3 S. 479

175) Dementsprechend selbstverständlich, d.h. ohne eine Begründung für das "warum" zu geben, beruft sich dann auch die Literatur auf diesen Grundsatz; vgl. Eberlein, S. 46; Gürtler, S. 3; Staudinger-Ring Anm. 33 zu § 1018; Westermann § 122 II 2; Wolff-Raiser § 106 VI. Die Erklärung dafür findet sich darin, daß eben die gesetzliche Formulierung keinen Zweifel daran läßt, daß dieser Grundsatz wenigstens mittelbar zum Inhalt der §§ 1018/1090 gehört.

Diese gesetzgeberische Absicht wird noch deutlicher, wenn man sich auch noch an folgender Überlegung klar macht, daß § 1018 selbst unter Einschluß des "Duldens" insgesamt nur ein Unterlassen als denkbaren Dienstbarkeitsinhalt kennt. Denn die Duldungspflicht ist in Wahrheit eine besonders charakterisierte Unterlassungspflicht. Die Pflicht zum Dulden ist nämlich nichts weiter wie die Pflicht, den Willen zur Unterlassung der Hinderung zu bestimmen. Denn der Anspruch des Berechtigten, sieht man einmal von seiner Zwangsdurchsetzung ab, wird primär durch das Rechtsverbot (Unterlassen) an den Verpflichteten begründet, die Handlung des Berechtigten zu hindern ¹⁷⁶⁾.

Damit steht als vom Gesetzgeber gewollte Tatsache fest, daß eine Leistungspflicht des belasteten Eigentümers nicht, jedenfalls nicht Hauptinhalt einer Dienstbarkeit sein kann. Die Frage nach dem "warum" dieser gesetzlichen Regelung ist damit allerdings letztlich noch nicht beantwortet. Sie ist zwar auch nicht die primäre Frage, solange das vom Gesetzgeber Gewollte in dieser klaren Form erkennbar ist. Die Beantwortung der Frage nach dem "warum" ist aber dennoch notwendig, weil es erst dadurch möglich wird, die gesetzliche Regelung einer Wertung dahingehend zu unterziehen, in welchem Ausmaß der Anwendung eines solchen Grundsatzes Raum zu geben ist.

176) Vgl. dazu im einzelnen Lehmann, S. 25

Die Frage nach dem "warum" läßt sich einmal mit dem Hinweis beantworten, daß ja das Gesetz durch die §§ 1105 ff. eine dingliche Rechtsform kennt, deren Inhalt gerade Leistungspflichten bilden können¹⁷⁷⁾. Daß insoweit nämlich die Reallast das Gegenstück zur Dienstbarkeit ist, soweit letztere Unterlassungen und eben keine Leistungspflichten des Eigentümers zum Inhalt haben kann, wird besonders daran deutlich, daß umgekehrt bei der Reallast die "Leistung" nicht auf ein Unterlassen gehen kann¹⁷⁸⁾. Für die Reallast ergibt sich das, worauf besonders Wolff-Raiser¹⁷⁹⁾ hinweist, im einzelnen genauso wie umgekehrt bei der Dienstbarkeit aus der Geschichte des Instituts und dem Bedürfnis nach einer Abgrenzung gegenüber der Dienstbarkeit¹⁸⁰⁾.

Die dahingehende Argumentation allerdings, daß es an jeder Abgrenzung der Reallast gegenüber der Dienstbarkeit fehlen würde¹⁸¹⁾, wenn man die Unterlassung auch als Hauptgegenstand der Reallast zulasse, ist aber eine Erwägung, die allein noch nicht durchschlagen kann. Denn man könnte fragen, warum der Gesetzgeber nicht zwei Rechtstypen zur Vergütung stellen könnte oder sollte, deren

177) Zu Einzelheiten vgl. unten im folgenden.

178) So die bei weitem überwiegende Meinung: Planck-Strecker Anm. 20 zu § 1105; Staudinger-Ring Anm. 12 zu § 1105; Westermann § 124 II 1; Wolff-Raiser § 127 I 2; Lehmann, S. 164 ff.; teilweise a.A. Zerbe, S. 68 ff.

179) § 127 I 2

180) Vgl. dazu auch Mot. Bd. III, S. 585; Prot. III, S. 734; RGZ 60, 90 ff.; Westermann § 124 II 1

181) Vgl. Stumpf, S. 50, der auch noch darlegt, daß sich eine Unterlassungsreallast auch nicht aus § 241 rechtfertigen könne.

Wirkungen in einzelnen Punkten voneinander verschieden sind. Entscheidend ist, daß das Gesetz nur einen geschlossenen Kreis inhaltlich fest umgrenzter dinglicher Rechte anerkennt ¹⁸²⁾ und daß es in § 1018 das Verbot von Handlungen (Unterlassen) als möglichen Gegenstand einer dinglichen Last nur in dem dort genau bestimmten Umfang als zulässig bezeichnet. Diese auch der Rechtsklarheit dienende Abgrenzung müßte jeden Zweck verlieren und überflüssig werden, wenn man nach § 1105 das Verbot jeder beliebigen Handlung, also ein Unterlassen, verdinglichen könnte. Es ist somit sichtbarer Ausfluß des gesetzgeberischen Zieles, nur einen geschlossenen Kreis jeweils fest umgrenzter dinglicher Rechte anzuerkennen, wenn der Gesetzgeber Unterlassungen - von den Ausnahmen der §§ 1021, 1022, vgl. dazu unten, abgesehen - nur als Inhalt von Dienstbarkeiten und Leistungspflichten in der Person des Eigentümers nur als Reallast zulassen will.

Des weiteren liegt die nirgends besonders ausgesprochene Erklärung für die Anwendung des Grundsatzes *servitus in faciendo consistere nequit* darin, daß mit der Dienstbarkeit eine gegen jeden Dritten wirkende Belastung der Sache herbeigeführt werden soll,

182) Vgl. dazu noch besonders unten V 4 a.

eine solch starke Bindung aber niemals für die Person eingeführt werden sollte, wie das bei der Verpflichtung zu einer Leistung durch die Person des Eigentümers als Grundstücksbelastung der Fall wäre. Eine dingliche Belastung, die als Leistungspflicht direkt die Person des Eigentümers treffen soll, ist als Reallast mit den sich, wie noch zu zeigen ist, daraus ergebenden Abweichungen geregelt. Dieser Überlegung steht nicht entgegen, daß die Belastung der Sache beim Dulden und insbesondere beim Unterlassen einer Handlung erst immer in der bestimmten Verhaltensweise der Person des belasteten Eigentümers nach außen sichtbar wird. Grunddienstbarkeiten sind dingliche, d.h. gegen jedermann gerichtete Rechte an der Sache, während die Pflicht zu einem Tun nur einen bestimmten Verpflichteten treffen kann.

Danach ist festzuhalten, daß auch nach heutigem Recht die Verpflichtung zu einem positiven Tun oder Geben weder den alleinigen noch den wesentlichen Inhalt einer Grunddienstbarkeit ausmachen kann. Dieses Ergebnis bestätigt sich noch daran, daß einzige und eben auf Grund des Typenzwanges im Sachenrecht daher notwendigerweise gesetzlich geregelte Ausnahmen hierzu die §§ 1021, 1022 sind, die die Vereinbarung der Unterhaltungspflicht einer Anlage als Nebenpflicht für den Eigentümer des belasteten Grundstücks

zulassen¹⁸³⁾. Daß eine solche Unterhaltungspflicht als Leistungspflicht die Ausnahme zum grundsätzlich möglichen Dienstbarkeitsinhalt ist und daher gegebenenfalls nur zusätzlicher Nebeninhalt zu einem Dulden oder Unterlassen sein kann, wird besonders aus dem Hinweis des § 1021 Abs. II deutlich, daß nämlich auf eine solche Unterhaltungspflicht die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung finden. Denn dort hat der Gesetzgeber Leistungspflichten als Inhalt eines dinglichen Rechts zugelassen und geregelt und nicht im Recht der Dienstbarkeiten¹⁸⁴⁾. Mit dieser Verweisung auf die

183) Diese Pflicht ist dann zwar reallastähnlich, aber trotzdem Inhalt der Grunddienstbarkeit (vgl. Westermann § 123 II 2). Die Rechtsprechung hat unter Zustimmung der Literatur den Grundgedanken des § 1021 ausdehnend angewandt und alle Nebenpflichten zugelassen, die darauf abzielen, das Grundstück in einem Zustand zu erhalten, der die der Dienstbarkeit gemäße Nutzung ermöglicht. (Vgl. KGJ 41, 231; BGH DNotZ 1959, 240). Zur Abgrenzung zur Reallast vgl. auch Gürtler, S. 12 f. Die Frage, ob und inwieweit darüber hinaus eine Analogie z.B. zu § 1021 möglich ist, soll später noch berührt werden.

184) Daß auf den nach den §§ 1021, 1022 zulässigen Dienstbarkeitsinhalt in Form des positiven Tuns des Eigentümers die Vorschriften über die Reallast entsprechende Anwendung finden, hat seinen Sinn auch darin, daß eben diese Vorschriften der Tatsache, daß auch die Person direkt verpflichtet ist, besonders Rechnung tragen, wie z.B. in der persönlichen Haftung des Eigentümers für seine Leistungspflicht, vgl. § 1108 und auch im folgenden.

Reallastvorschriften hat der Gesetzgeber den Typenzwang des Sachenrechts nicht vernachlässigt. Vielmehr ist diese Regelung gerade ein Beispiel für die Durchführung des Typenzwangs, daß nämlich die Parteien nur den vom Gesetz gewährten Spielraum zur Ausgestaltung vorgegebener Zuordnungsverhältnisse zur Verfügung haben.

Zwar ist es allein das Anliegen der vorliegenden Arbeit, den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit und beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Belastungsmöglichkeit des § 1018, "gewisse Handlungen" auf dem Grundstück verbieten zu können, zu bestimmen. An der Stelle aber, wo dies unter Herausarbeitung des Grundsatzes geschieht, daß eine Leistungspflicht nicht wesentlicher Inhalt der §§ 1018, 1090 sein kann, ist es sinnvoll, die dingliche Rechtsform der § 1105 ff., die gerade eine Leistungspflicht des Grundstückseigentümers zum Inhalt haben kann, vergleichend mit einzubeziehen. Es soll hier allerdings nicht losgelöst eine eingehende Darstellung der Reallast erfolgen¹⁸⁵⁾. Jeweils bei den einzelnen Beispielen soll vielmehr geprüft werden, ob eine als Dienstbarkeit unzulässige Leistungspflicht als Reallast

185) Zu dabei auftauchenden Fragen, wie z.B. der Rechtsnatur der Reallast vgl. Staudinger-Ring, Anm. 2 ff. zu § 1105; Westermann § 124 II 3 ; Koch, S. 16 ff.

zulässig wäre. Das Ergebnis wird davon abhängen, worin sich der Unterschied zwischen Dienstbarkeit und Reallast zeigt und wie er sich für die jeweils gewünschte Eintragung auswirkt.

Der Unterschied, das kann hier schon aufgezeigt werden, liegt im wesentlichen in folgendem: Einmal liegt er darin, daß die Dienstbarkeit zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Einwirkung zum Zwecke der Nutzung berechtigt, während die Reallast Leistungen des Eigentümers gewährt¹⁸⁶⁾. Weiter zeigt sich der Unterschied darin, daß der aus einer Reallast Berechtigte wiederkehrende Leistungen verlangen kann. Bei Gewinnungsrechten, wie z.B. Rechte auf Ton oder Holz, erfüllen Grunddienstbarkeiten und Reallast zwar die gleichen Zwecke; aber, und darin liegt ein weiterer, für die Parteien sicher oft wesentlicher, wirtschaftlicher Unterschied, bei der Dienstbarkeit hat der Berechtigte, bei der Reallast der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Kosten der Gewinnung zu tragen¹⁸⁷⁾. Schließ-

186) Vgl. dazu auch Staudinger-Dittmann Anm. 4 zu § 1105.

187) Vgl. Westermann § 124 II 2. Er weist noch darauf hin, daß gegenüber dieser Besserstellung für den Berechtigten bei der Reallast allerdings für den belasteten Eigentümer vorteilhaft sei, das Grundstück allein bewirtschaften zu können, ohne den Eingriff des Berechtigten dulden zu müssen.

lich kommt noch ein weiterer wesentlicher Unterschied zum Tragen. Anders als bei der Dienstbarkeit besteht bei der Reallast grundsätzlich neben dem dinglichen Recht auf die Einzelleistung eine persönliche Leistungspflicht des jeweiligen Eigentümers, § 1108¹⁸⁸⁾. Er haftet also mit seinem ganzen Vermögen.

- a) Falscher Ausgangspunkt der Rechtsprechung in der tatsächlichen Würdigung der zu beurteilenden Sachverhalte

An dem Grundsatz servitus in faciendo consistere nequit nun sind die Bierservitut, stellvertretend für die dingliche Sicherung anderer Bezugsverpflichtungen, wie z.B. bei der Tankstellendienstbarkeit, und die ihr wesensähnlichen Dienstbarkeiten zu messen. Ausgangspunkt ist wiederum die erste grundsätzliche Entscheidung des KG aus dem Jahre 1902. Hier jetzt ist entscheidend auf den vom KG seinerzeit zu beurteilenden Sachverhalt einzugehen. Als Eintragung wurde nämlich beantragt: Die Verpflichtung, auf dem

188) Vgl. Westermann § 124 III 3. Zwar tritt eine Milderung dadurch ein, daß diese Verpflichtung durch Vertrag eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann, § 1108. Aber das hat insoweit auch nur eine relative Wirkung, als nämlich eine solche Abrede Dritten gegenüber nur wirksam ist, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, vgl. §§ 873, 874, 877. Immerhin geht aber Staudinger-Ring, Anm. 2 b a.E., von der auch persönlichen Haftung des Eigentümers als dem "meist gegebenen" Fall aus. Vgl. auch Westermann § 124 VI a.E.

Grundstück bis zum 1. April 1912 nur Biere aus der Brauerei der Firma Carl B. zu M. zu verschänken oder verschänken zu lassen - unter Androhung einer Vertragsstrafe bei Zuwiderhandlung. D.h., nicht nur das Ausschänken einer anderen Marke, sondern auch überhaupt das Nichtausschänken (ein Unterlassen !) von Bier dieser Marke, selbst wenn andere nicht ausgeschänkt würden, wäre eine Zuwiderhandlung (in Form eines Unterlassens !) gegen die Dienstbarkeit. Deutlicher kann man die Verpflichtung zu einem ganz bestimmten positiven Tun, nämlich diese Biersorte auszuschänken, nicht formulieren. In aller Ehrlichkeit wurde hier mit einer positiven Formulierung beantragt, was auch gewollt war. Es muß deshalb als unerklärlich erscheinen, wie das KG ¹⁸⁹⁾ angesichts dieser beantragten Formulierung zu der Feststellung gelangen konnte, es läge dabei nur eine "ungenau (!) Fassung" vor, das Grundstück solle in Wirklichkeit in der Weise belastet werden, daß darauf der Ausschank anderer Biere als solcher aus der bezeichneten Brauerei nicht vorgenommen werden dürfe.

Das stimmt nur insoweit, als es damit auch belastet werden sollte. Das KG erfaßt damit aber nur die natürliche Folgeerscheinung, die eintritt, wenn der beantragten Eintragung Folge geleistet wird. Das ist aber nur ein Teilausschnitt. Die Eintragung hat insoweit ein viel

189) KGJ 24 A 242

weitergehendes und primäres Ziel im Auge, als nämlich das bestimmte Bier auch tatsächlich ausgeschänkt werden soll. Erst damit tritt der in erster Linie erstrebte wirtschaftliche Erfolg für den Berechtigten ein. Denn was hätte er davon, wenn dort andere Biere nicht ausgeschänkt würden, er selber aber auch sein Bier nicht absetzen könnte. Wenn das Grundstück als Gaststättengrundstück eingerichtet ist, was oft der Fall sein wird, dann sichert eine so geartete Ausschaltung der Konkurrenz ja noch nicht den eigenen Absatz ! Daß das KG diesen inhaltlich bedeutsamen Unterschied verkannt hat, wird an folgender Überlegung deutlich. Die dahingehende Formulierung, daß andere Biere nicht ausgeschänkt werden dürften - so dann wohl die "genaue" Formulierung in den Augen des KG - beinhaltet nämlich die Möglichkeit, daß überhaupt kein Bier, auch das der bestimmten Brauerei nicht, ausgeschänkt würde, ohne daß in einem solchen Falle der Dienstbarkeitsinhalt nicht voll erfüllt würde, solange eben nur die anderen Biere nicht ausgeschänkt werden. Das ist aber rechtlich ganz eindeutig ein Weniger gegenüber der beantragten Eintragung, der Verpflichtung, daß dieses Bier auch ausgeschänkt werden solle. Es hat aber auch, wie schon oben gezeigt, wirtschaftliche Auswirkungen. Denn ob der Hersteller sein Bier auf einem bestimmten Grundstück zum Ausschank bringen kann oder ob er nur das Ausschänken anderer Biersorten verhindern kann, ist für ihn wirtschaftlich von Bedeutung. Der Umsatz liegt für ihn

im ersten Fall bestimmt um einiges höher. Beides wird auch daran deutlich, daß zu dem rein negativen Inhalt, zu dem das KG die beantragte Eintragung umgedeutet hat, die Androhung der Vertragsstrafe nicht passen würde. Denn diese will nach der Formulierung der beantragten Eintragung gerade auch den Fall der Zuwiderhandlung erfassen, daß auch das Bier der bestimmten Brauerei nicht ausgeschänkt wird. Dieser Fall aber wäre keine Zuwiderhandlung und somit die Androhung der Vertragsstrafe illusorisch, wenn das KG mit seiner Umdeutung der beantragten Eintragung in einen nur negativen Inhalt den Sachverhalt richtig ausgelegt haben sollte.

Wäre das KG bei der Beurteilung des Inhalts der beantragten Eintragung geblieben und hätte darauf den Grundsatz servitus in faciendo consistere nequit angewandt, was sich nach der Formulierung des Antrags geradezu aufdrängte, dann hätte es mit einer überzeugenden Begründung die beantragte Eintragung wegen ihres Inhalts, der ein positives Tun, das Ausschänken der bestimmten Biersorte, bezweckte, als unzulässig abweisen können. Es hätte nicht mit dem letztlich unbrauchbaren Unterschied von Handlungen, die dem Eigentum, und solchen, die nur der persönlichen Freiheit entspringen, zu argumentieren brauchen, noch hätte man, wie es später der BGH getan hat, die unrichtige Behauptung von der nur rechtsgeschäftlichen Bindung aufzustellen brauchen, wie sich oben aus einem Vergleich

zu der Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit ergeben hat 190).

Aber auch wenn man von vornherein nur beantragt hätte, daß kein anderes Bier als das der Brauerei M. ausgeschenkt werden dürfe - wie es im Anschluß an die besondere Auslegungsart eines positiven Antrags durch das KG die Praxis als gelehriger Schüler getan hat - bleibt zu fragen, ob sich an dem Ziel des früher formulierten Dienstbarkeitsinhalts, daß nämlich als positives Tun das

190) Kurze Zeit später hat das KG eine solche Verkenennung des Sachverhalts noch einmal gezeigt, KG in OLG 15, 371. Beantragt war, der Eigentümer solle seinen ganzen, für die auf dem Grundstück betriebene Wirtschaft erforderlichen Bierbedarf nur aus der Brauerei des B beziehen. Unrichtig ist dabei schon die Bezeichnung "beziehen". Denn als tatsächliche Handlung auf dem Grundstück (!) kommt nur das Ausschänken des Bieres in Frage. Weiter ist es aber auch eindeutig ein positives Tun und es ist selbstverständlich, daß, wenn der Eigentümer den gesamten Bierbedarf dort bezieht, er dann woanders kein Bier mehr bezieht ! Würde ihm aber nur der anderweitige Bezug verboten, dann hätte der Berechtigte eben noch nicht die Wirkung, daß sein Bier dort auch ausgeschenkt würde. Wieder sagt das KG, trotz der eindeutigen Verpflichtung des Eigentümers zum Bezug (dieser kann also nicht den Ausschank überhaupt lassen), nur der Ausschank anderer Biere solle verboten werden. Das ist aber wiederum nur ein Teil dessen, der in Wirklichkeit zur Untersuchung und Beurteilung des Gerichts gestellt war.

bestimmte Bier ausgeschänkt werden solle, mit dieser negativen Formulierung etwas geändert hätte. Denn rein vom Wortlaut her gesehen, kann dieser negativen Formulierung nicht mehr der Vorwurf gemacht werden, sie verlange vom belasteten Eigentümer ein positives Tun, da ja theoretisch bei dieser Eintragung die Möglichkeit besteht, überhaupt kein Bier auf dem Grundstück auszuschänken.

Daß es aber auf die Formulierung, also den reinen Wortlaut nicht ankommen kann, sondern der Kern der Formulierung, das in der praktischen Ausführung der Dienstbarkeit zu Tage kommende Ziel der Unterlassung oder des Duldens entscheidend ist, hat das RG ¹⁹¹⁾, wenn auch soweit ersichtlich nur in einer Entscheidung, überzeugend dargelegt. In der genannten Entscheidung ging es um die Beurteilung des Inhalts eines sog. Eisenbahnanschlußvertrages. In einem solchen Vertrag läßt sich ein Grundstückseigentümer vom Eisenbahnfiskus das Recht einräumen, auf den Eisenbahnkörper ein Anschlußgleis von seinem Grundstück zu den Hauptgleisen der Eisenbahn für seine Fabrik zu legen. Für das Verhältnis Eisenbahnfiskus - Grundstückseigentümer hatte das seinerzeit auf Grund der damals geltenden gesetzlichen Vorschriften ¹⁹²⁾ die einer besonderen vertraglichen Regelung nicht mehr bedürftige Konsequenz, daß die Anschlußstelle in die

191) RGZ 58, 264 ff. (271)

192) Vgl. die ausführliche Darstellung der Rechtslage RGZ 58, 270.

Reihe der Punkte - gleich den Bahnhöfen - trat, von denen aus und nach welchen die Eisenbahn vom Anlieger Transporte zu übernehmen hatte. Es bestand dann die Verpflichtung dazu.

Diesen Gedankengang bezog das RG mit in die grundlegende Feststellung ein, daß zwar erst einmal für die Ausführbarkeit eines solchen Anschlußvertrages die Herstellung äußerer Einrichtungen auf dem Eisenbahnterrain notwendig sei und dies auch von der Eisenbahn geduldet werden müsse. Es stellt dann aber fest, daß es als unrichtig und als eine Verkenennung des wirklichen Sachverhalts erscheinen müsse, wenn man in diesem Teil der Pflichten der Eisenbahn (Dulden der herzustellenden Anlagen), der isoliert zum Inhalt einer Servitut geeignet wäre, ihren Schwerpunkt lege und die Bewirkung des Transportes bis an die betreffende Stelle als ein Akzessorium ansehe. Denn das Wesentliche bleibe immer, daß die Eisenbahn zur Eingehung von Frachtverträgen mit allen aus diesen regelmäßig resultierenden Verbindlichkeiten der Eisenbahn als Frachtführerin bis zum Anschlußpunkte verpflichtet sei. In ihrem Kerne bleibe mithin die rechtlich einheitliche Verbindlichkeit der Eisenbahn auf ein positives Tun gerichtet, während die Verpflichtung zum Dulden ¹⁹³⁾ und Erhalten

193) Daß in diesem Beispiel ein Dulden i.S. des § 1018 auf den wahren Kern hin geprüft wird, hindert die Anwendung dieses Gedankenganges auf ein Unterlassen nicht, da Dulden und Unterlassen gegenseitig nur sich ergänzende Möglichkeiten der Benutzung eines Grundstücks durch den Berechtigten sind.

der äußeren Anlage untergeordnet sei und nur der Transportpflicht diene und ihren Rechtscharakter teile.

Wendet man diesen Gedankengang auf die Bierservitut an, dann läuft das auf die Frage hinaus, welche Bedeutung man bei der negativen Formulierung der theoretischen Möglichkeit beimißt, daß auf dem Grundstück überhaupt kein Bier ausgeschänkt wird, d.h. ob sie bewirkt, daß der Kern der Servitut dann nicht mehr auf ein positives Tun des belasteten Eigentümers hinausläuft, dem von den Parteien mit der Eintragung verfolgten Zweck also entsprochen wird, wenn überhaupt kein Bier ausgeschänkt würde. Daß diese letztere Möglichkeit praktisch überhaupt nicht in Frage kommt und sie daher nicht maßgebend für die Beurteilung des Inhalts auf ein etwa in ihm enthaltenes positives Tun sein kann, zeigt folgende Überlegung. Wenn zu dem Zeitpunkt der Dienstbarkeitsbestellung auf dem Grundstück eine Wirtschaft betrieben wird, dann ist als dem Regelfall davon auszugehen, daß sie auch weiter betrieben werden soll. Sie stellt auch in der Regel die wirtschaftliche Existenz des Eigentümers des belasteten Grundstücks dar, die er sich nur erhält, wenn er auch tatsächlich Bier ausschänkt. Seine wirtschaftliche Existenz wäre weitestgehend bedroht, wollte er kein Bier mehr in seiner Wirtschaft ausschänken. Gerade diese Zwangslage für jeden Wirt will sich der Berechtigte durch die

Bestellung der Dienstbarkeit zu Nutzen machen¹⁹⁴⁾. In ihrem Kern und Hauptteil läuft also die negative Verpflichtung, kein anderes Bier (als das des Berechtigten) auszuschänken, auf das für den Belasteten einzig denkbare und sinnvolle positive Tun hinaus, auf seinem Grundstück das bestimmte Bier auszuschänken. Bei dieser negativen Formulierung wird die Pflicht zu einem positiven Tun nur in die negative Unterlassungspflicht eingekleidet, wobei sich zwar negative und positive Umschreibung nicht ganz decken, aber trotzdem in ihrem Endeffekt auf das gewünschte Ziel, das positive Tun, hinauslaufen¹⁹⁵⁾.

Gemessen an dem Grundsatz servitus in faciendo consistere nequit ergibt sich somit die Unzulässigkeit der Eintragung der negativen

194) Eine ganze Ausnahme dürfte der Fall sein, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks in der Lage wäre, jederzeit ohne Schwierigkeiten jede beliebige andere Gewerbeart auf seinem Grundstück zu betreiben.

195) Das wird noch deutlicher, wo sich die Unterlassungspflicht genau mit der Leistungspflicht deckt, wenn z.B. eine Brauerei wünscht, daß bestimmte Räume ihren Zwecken als Bierwirtschaft mit Faßbierausschank nicht entfremdet werden sollen. Eine derartige Verpflichtung stellt sich als negative Umschreibung eines positiven Tuns dar; auf dem dienenden Grundstück nämlich muß eine Bierwirtschaft mit Faßausschank unterhalten werden. Der Verstoß gegen den Grundsatz servitus in faciendo consistere nequit ist hier eindeutig.

Formulierung der Bierservitut, da nicht der Wortlaut entscheidend sein kann, sondern der Kern der von den Parteien gewollten Handlungen, das hier offensichtliche Interesse des Berechtigten an der positiven Handlung des Belasteten 196).

Nur und allein unter Prüfung dieser Grundsätze hätte man zu dem Ergebnis der Ablehnung der Bierservitut sowie der gleichen Bezugsverpflichtung bei der Tankstellendienstbarkeit kommen dürfen und nicht mit nicht gerechtfertigten Abstufungen über die Verschiedenheit in der Benutzung des Grundstücks und die unmittelbare Wirkung des Verbots sowie der Behauptung der nur rechtsgeschäftlichen Bindung des Eigentümers. Von der oben geführten ablehnenden Argumentation hinsichtlich der Verwertbarkeit des Abgrenzungskriteriums "der nur rechtsgeschäftlichen Bindung" abgesehen kommt aber auch noch folgende Überlegung hinzu. Die Feststellung nämlich, daß von dem Eigentümer ein positives Tun verlangt wird, hat den logischen Vorrang. Denn mit ihr schon steht die Unzulässigkeit der dinglichen Sicherung fest. Hier deckt sich noch das Ergebnis bei richtiger wie bei falscher Begründung. Das ist aber nicht bei allen der Bierservitut wesensähnlichen Dienstbarkeiten der Fall. Das soll im folgenden gezeigt werden.

196) Zu der Frage der Zulässigkeit der Bierservitut als Reallast vgl. unten im Zusammenhang mit der gleichen Frage bei der Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit.

b) Die konsequente Durchführung des Grundsatzes

Die verschiedene Anwendung des Grundsatzes sollen zwei Beispiele aus der älteren Literatur veranschaulichen.

So hat das KG¹⁹⁷⁾ entschieden, daß die Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers, einen Waldstreifen zum Schutze eines anderen Grundstücks vor Winden dauernd als Waldstreifen zu erhalten und, soweit nötig, aufzuforsten, als Grunddienstbarkeit begründet werden könne. Die Begründung geht dahin, daß diese Verpflichtung in erster Linie eine Beschränkung des Eigentums am Waldgrundstück bedeute, daß nämlich der Eigentümer den Wald nicht beseitigen und das Grundstück weder als Acker noch als Bauland benutzen dürfe. Der Kern der Verpflichtung bestehe also in der Unterlassung gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstück. Erst in zweiter Linie erfordere die zunächst negative Pflicht zur Belassung des Grundstücks in seinem gegenwärtigen, es zum dienenden Grundstück geeignet machenden Kulturzustandes auch positive Leistungen, wie die Ausmerzung etwaigen überständigen Holzes und dessen Ersatz durch Nachpflanzung, und diese positive Pflicht sei gegenüber den negativen Pflichten nachgeordnet.

Bejaht man diesen Nachrang, was gerechtfertigt erscheint, da die negative Verpflichtung sinnvolle Voraussetzung für die positive

197) KGJ 41, 228 ff.

Verpflichtung ist, und diese auch nicht den wesentlichen Inhalt ausmacht, dann ist der Entscheidung zuzustimmen. Überzeugend an der Begründung ist in jedem Fall die Art, wie auf den wirklichen, sich im Ergebnis darstellenden Kern abgestellt wird.

Nicht zugestimmt werden kann dagegen der Entscheidung des OLG Celle ¹⁹⁸⁾. Dort sollte der belastete Eigentümer die Bäume auf der Südseite des gemeinsamen Weges so halten, daß sie der Mühle des Berechtigten nicht den Wind nahmen. Nach Ansicht des OLG Celle bedeutet das, daß der Eigentümer durch die Belastung seines Grundstücks gehindert wird, das aus seinem Eigentum folgende Recht auszuüben, und die Bäume nach seinem Belieben wachsen zu lassen. Es handele sich um das Verbot einer unbeschränkten Benutzung des Grundeigentums. Wenn nämlich die Bäume zu hoch wüchsen, könne der Berechtigte über § 1027 und § 1004 auf Beseitigung der Störung klagen.

Diese Begründung muß erschrecken. Das Verbot "zu unterlassen, die Bäume wachsen zu lassen" ist doch nur die negative Formulierung von "Du Eigentümer mußt immer wieder die Bäume schlagen oder zumindest kappen". Die nur negative Formulierung deckt sich hier genau mit der Leistungspflicht. Deutlicher kann man ein positives Tun als alleinigen Inhalt der Dienstbarkeit gar nicht verlangen. Denn die Bäume wachsen von selbst, wenn sie wie hier bei Bestellung der Dienstbarkeit vorhanden

198) OLG 26 S. 81 f.

sind 199). Dazu tut der Belastete nichts, das ist kein von ihm gelenktes Benutzen des Grundstücks. Sind die Bäume da, so ist einziger Inhalt dieser Dienstbarkeit das Kappen

-
- 199) Denn diese Fallgestaltung ist nicht zu verwechseln mit derjenigen, daß keine Bäume zum Schutz der Mühle angepflanzt werden sollen, also z. Zt. der Dienstbarkeitsbestellung auch noch keine vorhanden sind. Darin läge in der Tat nur ein Unterlassen einer bestimmten Grundstücksbenutzung, das zulässiger Dienstbarkeitsinhalt sein könnte. Gerade das war nicht der gegebene Sachverhalt. Ungenau RGRK Anm. 16 zu § 1018, weil dort dieser Unterschied im Sachverhalt verkannt wird. Wenn dort festgestellt wird, Hauptinhalt sei, daß der Mühle nicht durch Bäume der Wind genommen werden dürfe, und die Nebenverpflichtung darin bestehe, Bäume notfalls zu kappen, so wäre diese Unterteilung nur dann richtig, wenn überhaupt keine Bäume vorhanden wären und nur für den Fall, daß dort etwas zu hoch wachsen sollte, dagegen eingeschritten werden müßte. Wenn aber die Bäume dort schon zu hoch stehen, dann gibt es keinen Haupt- und Nebeninhalt dieser Art, sondern der angebliche Nebeninhalt ist voll und ganz Hauptinhalt in Gestalt eines positiven Tuns. Sonst könnte es so immer gelingen, ein allein entscheidendes positives Tun in einen dann zulässigen Nebeninhalt zu bringen. Dafür ein vergleichbares Beispiel: auf einem Grundstück steht ein Haus und der Dienstbarkeitsinhalt würde lauten, zu unterlassen, das Grundstück zu bebauen, und als Nebeninhalt, das vorhandene Haus abzureißen.

der Bäume, ein positives Tun 200).

Das deutlichste - jedenfalls bei näherer Betrachtung - gegen sie sprechende Argument gibt die Entscheidung sogar noch selbst mit dem Hinweis auf § 1004. Wäre nämlich wirklich ein Unterlassen Inhalt der Dienstbarkeit, dann müßte die Durchsetzung im Klagewege zur Herstellung dieses Inhalts gerade ein Unterlassen zum Ziel haben, d.h. der Beklagte müßte dem Unterlassen zuwider gehandelt haben und diese Zuwiderhandlung müßte er jetzt unterlassen. Hier besteht aber die Herbeiführung des Dienstbarkeitsinhalts im Wege des § 1004 gerade in einem positiven Tun, nämlich dem Kappen der Bäume. Der Beklagte hat dann, indem er zuwiderhandelt, etwas unterlassen zu tun. Er hat die Bäume wachsen lassen. Und dieses Unterlassen ist ausgerechnet der nicht gewünschte Inhalt der Dienstbarkeit 201)! Der Zustand des wirklichen Unterlassens soll beseitigt werden. Damit wird der echte Dienstbarkeitsinhalt sichtbar.

200) Ob dieser der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt aber zulässiger Inhalt einer Reallast sein kann, oder ob bei ihm eine Aufteilung in eine Dienstbarkeit mit dem zulässigen Inhalt eines Unterlassens der Anpflanzung überhaupt und in eine Reallast mit der gewünschten Leistungspflicht des Eigentümers möglich und sinnvoll ist, oder ob eine Analogie zu § 1021 helfen kann, soll noch weiter unten zusammenhängend betrachtet werden.

201) Erstaunlich daher die Zustimmung der Literatur zu dieser Entscheidung, vgl. RGRK Anm. 16 zu § 1018; vgl. aber oben Anm. 191, die Zustimmung des RGRK besteht, wie dort gezeigt, im wesentlichen auf der unrichtigen Annahme des Kappens der Bäume als positives Tun in Form eines zulässigen Nebeninhalts.

Wollte man hier so argumentieren, daß mit dem Kappen der Bäume nur das Unterlassen des Ungekapptseins erreicht werden sollte ²⁰²⁾, darauf läuft die Begründung in etwa hinaus, so wäre mit dem trefflichen Satz der Begründung des OLG Colmar ²⁰³⁾ zu antworten: Die Verpflichtung zum Unterlassen einer Unterlassung, zu der man gesetzlich berechtigt ist, ist nichts anderes, als die Verpflichtung zur Vornahme der Handlung, zu deren Unterlassung man kraft Gesetzes berechtigt ist. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Es bleibt allerdings noch zu prüfen, ob eine andere Möglichkeit der dinglichen Sicherung dafür besteht, daß der Eigentümer eines mit Bäumen bewachsenen Grundstücks verpflichtet sein soll, die Bäume so zu halten, daß sie der Mühle auf dem Grundstück des Berechtigten nicht den Wind nehmen. Da diese Verpflichtung wie oben gezeigt, ein positives Tun darstellt, bietet sich für ihre dingliche Sicherung die subjektiv-dingliche Reallast an, § 1105 Abs. II. Tatsächlich erfüllt eine solche Lei- ²⁰⁴⁾stungspflicht die Voraussetzungen des § 1105 .

202) So vergleichbar geschehen in der Entscheidung des OLG Colmar in OLG 26, 82, wo es um die Herstellung einer Umfriedung ging.

203) a.a.O.

204) Auf spezielle landesrechtliche Bestellungsverbote, die nach Art. 113-115 EGBGB möglich sind, soll hier nicht eingegangen werden.

Denn daß § 1105 Leistungen "aus dem Grundstück" verlangt, steht dem nicht entgegen. Es ist insoweit nämlich überwiegende Meinung ²⁰⁵⁾, daß eine Leistung immer dann "aus dem Grundstück" entrichtet ist, wenn sie in irgendeiner Beziehung zu dem dienenden Grundstück steht ²⁰⁶⁾. Es ist nicht notwendig, daß die Leistung in Natur aus dem Grundstück gewonnen werden kann ²⁰⁷⁾. So ist von der Rechtsprechung in vielen Fällen ein bestimmtes, grundstücksbezogenes Tun, wie die Instandhaltung einer Einrichtung auf dem Grundstück ²⁰⁸⁾ oder auch die Erhaltung eines bestimmten Zustandes auf dem belasteten Grundstück ²⁰⁹⁾ als zulässige Reallast anerkannt worden.

Schließlich steht auch das Erfordernis der "wiederkehrenden" Leistung nicht entgegen. Denn einmal ist es nicht erforderlich, daß

205) Vgl. statt vieler Staudinger-Ring, Anm. 11 zu § 1105; RGRK Anm. 8 zu § 1105; RG JW 1921, 895.

206) Vgl. dazu RG Gruchot 55, 1138.

207) Vgl. Westermann § 124 II 1. Sehr viel enger dagegen Wolff-Raiser § 127 I 2, wonach "aus" dem Grundstück nur gleistet sein soll, was den wirtschaftlichen Kräften des Grundstücks entzogen wird. Interessant dazu ist an dieser Stelle ein Vergleich zu Art. 782 des schweizerischen ZGB. Denn dort wird in Abs. III eine klarere Umgrenzung als in § 1105 gegeben. Es wird nämlich verlangt, daß die Art der Leistungen "sich entweder aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergibt" oder aber, daß die Leistungen "für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstücks bestimmt sind".

208) RG 4, 131 (Turmuhr); OLG 8, 126; 26, 101 f (Brücke).

209) Vgl. RG 131, 175; OLG 26, 101 u. 104.

die Leistungen regelmäßig wiederkehren ²¹⁰⁾, und zum anderen gelten auch dauernde Leistungen als wiederkehrende ²¹¹⁾. Demnach reicht es aus, daß die Bäume immer dann, wenn sie zu hoch gewachsen sind, gekappt werden müssen.

Da das Gesetz somit eine dingliche Sicherung für eine solche Leistungspflicht zur Verfügung stellt, entfällt die Notwendigkeit zu prüfen, ob man über eine Analogie zu § 1021 zu einer dinglichen Sicherung gelangen könnte. Denn jedenfalls liegt hier eine durch Analogie auszufüllende Lücke nicht vor ²¹²⁾.

Letzteres wird auch daran deutlich, daß über § 1021 Abs. II auf die Unterhaltungspflicht einer Anlage nach § 1021 Abs. I die Vorschriften über die Reallast Anwendung finden. Die §§ 1021/1022 und § 1105 enthalten nämlich keine verschiedenen tatbestandlichen Regelungen der dinglichen Sicherung eines positiven Tuns des belasteten Eigentümers. Vielmehr läßt § 1021 ein grundsätzlich als Reallast zu sicherndes positives Tun des Eigentümers nur dann als reallastähnlichen Bestandteil einer Grunddienstbarkeit zu, wenn dieses Tun

210) Vgl. RGZ 131, 175; OLG 39, 242

211) RG Gruchot 55, 1138; OLG 26, 101; RGRK Anm. 7 zu § 1105; Staudinger-Ring Anm. 4 zu § 1105.

212) Auf mit dieser Feststellung verbundene und sich daraus ergebende methodische Fragen soll und kann hier nicht näher eingegangen werden.

deren Nebeninhalt bildet. Es kann somit immer nur um die Frage gehen, ob ein positives Tun noch als Nebenbestandteil einer Grunddienstbarkeit zulässig ist oder als selbständige Reallast zu regeln ist ²¹³⁾. Erst wenn diese Frage zugunsten des § 1021 entschieden ist, kann die Frage einer Analogie dahingehend auftauchen, ob man den Grundgedanken des § 1021 ausdehnend anwenden kann und, gleich dem Gedanken bei der Unterhaltung einer zur Dienstbarkeit gehörenden Anlage, alle Nebenpflichten zulassen will, die darauf abzielen, das Grundstück in einem Zustand zu erhalten, der die der Dienstbarkeit gemäße Nutzung ermöglicht ²¹⁴⁾.

Wenn ein mit Bäumen bewachsenes Grundstück bzw. dessen Eigentümer damit belastet werden soll, diese Bäume in einer bestimmten Höhe zu halten, dann geschieht das nicht erst in Anlehnung an eine Grunddienstbarkeit, sondern ist als selbständige Belastung gewollt. Daran scheitert dann schon eine Anwendung des § 1021 auf diesen Sachverhalt, von der weiteren Frage abgesehen, ob dieser Sachverhalt dem in § 1021 geregelten so ähnlich wäre, daß ihm die gleiche Rechtsfolge zuerkannt werden könnte ²¹⁵⁾.

213) Vgl. dazu auch Gürtler, S. 3.

214) Vgl. dazu oben Anm. 176

215) Zu der Frage, worin im einzelnen die Ähnlichkeit der beiden Sachverhalte bestehen muß, vgl. Larenz, S. 288.

Wendet man den Grundsatz *servitus in faciendo consistere nequit* in dem bisher dargelegten Sinne auf die oben dargestellte Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit an, so ergibt sich folgendes Bild. Es ist im wesentlichen mit der Lage eines Gastwirts zu vergleichen, der auf seinem Grundstück eine Wirtschaft betreibt und in ihr, wenn er Umsatz haben will, Bier ausschänken muß. Wenn ein Eigentümer auf seinem Grundstück ein Wohnhaus hat, von dem er tatsächlich nur einen Teil selbst bewohnen kann ²¹⁶⁾, dann besteht die Notwendigkeit zu vermieten ²¹⁷⁾. Die Möglichkeit, nicht zu vermieten, ist auch hier nur eine theoretische Spielerei. Wie anders käme der Eigentümer an sein Geld? Wenn dann als Belastung des Grundstücks eingetragen wird, daß die Wohnungen nur an Bundesbedienstete überlassen werden dürfen, dann bedeutet das im Zusammenhang mit der Notwendigkeit zu vermieten: Du Grundstückseigentümer mußt an Bundesbedienstete vermieten. Das ist ein positives Tun in reinster Form als Inhalt einer Dienstbarkeit. Nur mit diesem positiven Handeln erfüllt er seine Pflicht. Das wird auch daran deutlich, wenn man die Interessenlage des Berechtigten berücksichtigt, der nämlich Wohnungen für seine Bediensteten beschaffen muß.

216) Das ist der nicht so offensichtliche Fall. Noch deutlicher wird es, wenn er selbst woanders wohnt und als Kapitalanlage ein Mietshaus baut.

217) Hier nur in dem tatsächlichen Sinn des Überlassens der Wohnung gebracht. Dazu, daß es dem Eigentümer auf den Mietzins, also den für ihn verwertbaren wirtschaftlichen Erfolg des Überlassens der Wohnung ankommt, vgl. die folgenden Überlegungen.

Ihm wäre nie damit gedient, daß die von ihm vielleicht sogar begünstigten Wohnungen überhaupt nicht vermietet würden.

Im Gegensatz zur Rechtsprechung muß die sog. Wohnungsbelegungsdienstbarkeit aus diesen Gründen daher als unzulässig angesehen werden. Auch bei ihr handelt es sich nur um eine negativ formulierte positive Pflicht zu einer ganz bestimmten Handlung des belasteten Eigentümers.

An diesem Ergebnis wird deutlich, in welchem Maße die konsequente Anwendung dieses Grundsatzes wesensgleiche Sachverhalte zu einem einheitlichen und in seiner Begründung nun widerspruchsfreien Ergebnis bringt.

Nachdem für die der Bierservitut wesensgleiche Wohnungsservitut ein gleichwertiges Ergebnis gewonnen worden ist, bleibt noch zu prüfen, ob diese beiden als Dienstbarkeiten unzulässigen Verpflichtungen des Eigentümers dinglich als Reallasten gesichert werden können.

Wie sich schon aus den oben dargestellten Überlegungen zu § 1105 ergibt, was nämlich unter Leistung "aus dem Grundstück" und unter "wiederkehrend" zu verstehen ist, bestehen keine konstruktiven Schwierigkeiten,

eine Bierbezugsreallast ²¹⁸⁾ oder eine Wohnungsbesetzungsreallast gemäß § 1105 zuzulassen. Davon geht sichtbar auch das RG ²¹⁹⁾ aus, wenn es den Sachverhalt, daß auf einem Grundstück mit Wirtschaftsbetrieb als Reallast eingetragen war, der Inhaber des Grundstücks habe auf die Dauer von 15 Jahren das Bier von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, nur dahingehend untersucht, ob gegen die Zulässigkeit dieser Reallast gewerberechtliche Verbote eingreifen.

Auch die Literatur ²²⁰⁾ hat, soweit sie überhaupt darauf eingeht, keine sich aus den

218) Genauer: die Verpflichtung, ein bestimmtes Bier auf dem Grundstück auszuschänken. Vgl. aber z.B. die weitgehende Einengung durch landesrechtliche Bestimmungen wie in Bayern durch Art. 85 AGBGB, der den Reallastinhalt, von späteren Erweiterungen in der Inflationszeit abgesehen, dahingehend einschränkt, daß nur "festbestimmte Geldbeträge" und "festbestimmte Bodenerzeugnisse" als wiederkehrende Leistungen gelten. Danach scheiden alle rein persönlichen Leistungen und alle Leistungen von körperlichen Gegenständen, die keine Bodenerzeugnisse oder Geldbeträge sind, als zulässiger Inhalt einer Reallast aus. Weder die Bierbezugspflicht noch Wohnungsbesetzungsverpflichtung können danach in Bayern Reallastinhalt sein. Daß das allerdings auch in anderen Ländern ohne eine spezielle landesrechtliche Regelung zumindest für die Bierbezugsverpflichtung nicht möglich ist, ist oben im folgenden noch aufzuzeigen.

219) RGZ 59, 109 ff.; vgl. auch BayObLGZ 1953, 302

220) Vgl. Eberlein, S. 47; Stumpf, S. 96; RGRK Anm. 8 zu § 1105

§§ 1105 ff. ergebenden sachenrechtlichen Bedenken. Daß dabei die Frage der Zulässigkeit der Bierbezugsreallast nicht so eingehend unter dem Blickwinkel der §§ 1105 ff. erörtert wird ²²¹⁾, wird seinen Grund darin haben, daß nach der von der h. M. gebilligten Auffassung der Rechtsprechung, insbesondere des RG ²²²⁾ derartige Reallasten gegen § 10 Abs. 1 GewO verstoßen und deshalb unzulässig sind, ohne daß es weiterer Überlegungen bedarf.

Die Argumentation des RG geht dahin, daß zu den Zwangs- und Bannrechten, die ablösbar sind und deshalb nach § 10 GewO nicht mehr begründet werden dürfen, auch das in § 8 Ziff. 2 GewO genannte Recht gehöre und daher

221) Die Zulässigkeit einer Wohnungsbesetzungsreallast schon deswegen nicht, weil sie ja entgegen der hier vertretenen Auffassung als Dienstbarkeit zugelassen wird.

222) RGZ 59, 109 ff.; 63, 333; BayObLGZ 1952, 288 ff.; 1953, 302 ff.; RGRK Anm. 8 zu § 1105; Eyermann-Fröhler Anm. 11 zu § 10 GewO.

Wenn dagegen bei Soergel-Siebert-Baur in Anm. 19 zu § 1105 unter der Überschrift "Nicht Reallast kann sein" die Bierbezugsverpflichtung ohne weiteren Hinweis nur unter Bezugnahme auf RGZ 59, 109 zitiert wird, dann ist das deswegen ungenau, weil dadurch notgedrungen der Eindruck entsteht, als falle sie nicht unter § 1105 und werde deshalb abgelehnt. Die Entscheidung des RG befaßt sich aber nur mit § 10 GewO.

in der Verdinglichung einer Bierbezugspflicht durch eine Reallast die Neubegründung eines derartigen Zwangsrechts zu sehen sei ²²³⁾.

Ohne den Rahmen der vorliegenden Arbeit damit sprengen zu wollen, sei aber auf folgende Bedenken gegen diese Rechtsprechung hingewiesen. Eyermann-Fröhler ²²⁴⁾ leiten z.B. gegen die bisherige Auslegung des § 8 Ziff. 2 GewO durch die Rechtsprechung Bedenken daraus her, daß sich das BVerwG in seinen Entscheidungen ²²⁵⁾ für den Wegfall der Bedürfnisprüfung im Gaststättengewerbe ausgesprochen hat. Der Grund nämlich, daß der Gesetzgeber gerade das auf die Bierlieferung von Schankstätten bezügliche Vorzugsrecht der Brauereien in § 8 Ziff. 2 GewO und nicht auch ähnliche Sonderberechtigungen herausgegriffen habe, dieser besondere Grund müsse in der seinerzeitigen Bedürfnisprüfung gesehen werden. Denn sie habe dazu geführt, daß z. B. in einem bestimmten Bezirk nur eine Gastwirtschaft existiert habe. Habe diese dann auf Grund einer entsprechenden Verpflichtung nur eine Biersorte geführt, so seien damit letztlich auch die Bewohner dieses Be-

223) Zu der ausführlichen Argumentation über den Sinn und Zweck der §§ 7 - 10 GewO vgl. RGZ 59, 111 f. und Lehmann, S. 163.

224) in Landmann-Rohmer Anm. 11 zu § 10 GewO

225) BVerwGE 1, 48 und 269

zirks gezwungen, das Bier dieser Brauerei abzunehmen ²²⁶⁾. Hier habe dann § 8 Ziff. 2 GewO einen Riegel vorgeschoben. Da aber jetzt mit dem Wegfall der Bedürfnisprüfung die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Besonderheit entfallen sei, so daß eine solche Konstellation grundsätzlich nicht mehr eintreten könne, müsse man jetzt zu dem Ergebnis gelangen, daß dinglich gesicherte Bierabnahmeverpflichtungen ²²⁷⁾ nur dann nicht begründet werden dürften, wenn sie eine den Zwangs- und Bannrechten eigentümliche wettbewerbsausschließende Wirkung hätten.

Bedenken gegen die Rechtsprechung zu den §§ 8, 10 GewO könnten sich aber auch aus wirtschaftlichen Überlegungen ergeben. Sieht man nämlich das Bestreben der Rechtsprechung darin, den Gastwirten ihre Selbständigkeit zu erhalten, dann ist es sehr wohl möglich, daß dieses Bestreben gerade den gegenteiligen Erfolg erreicht. Denn die Brauindustrie ist finanziell wahrscheinlich stark genug, sich

226) Ob allerdings bei der Frage, ob ein Zwangs- oder Bannrecht vorliegt, auf die nur mittelbar betroffenen Konsumenten abgestellt werden darf, erscheint zweifelhaft.

227) In Anm. 11 a.E. zu § 10 GewO wird unrichtigerweise von "Bierlieferungsverpflichtungen" gesprochen. Die Lieferungspflicht trifft aber die Brauereien. Der Lieferungsanspruch müßte demnach auf dem Grundstück der Brauereien gesichert werden. Hier geht es aber gerade um die Sicherung des Abnahmeanspruchs zugunsten der Brauereien. Nur dann ist eine Belastung auf dem Grundstück des Abnehmers angebracht, wie sie hier auch gewollt ist.

derart in das Gastwirtsgewerbe einzugliedern, daß sie möglichst viele Gastwirtschaften in Eigenbetrieb nimmt, um sich damit eine sichere Absatzbasis zu garantieren 228).

In jüngster Zeit hat das BayObLG 229) einen Sachverhalt entschieden, dessen Ergebnis unter Anwendung des Grundsatzes servitus in faciendo consistere nequit nicht gebilligt werden kann. Es handelt sich um die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, sein Grundstück für keinen anderen Zweck als zur Einstellung von Kraftfahrzeugen nebst Zufahrt zu verwenden, und zu diesem Zweck dauernd offen zu halten. Das BayObLG hat dies als zulässigen Inhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit bejaht.

Kritisch setzt es sich dabei nur mit der Frage auseinander, ob darin dem Begünstigten eine derart umfassende Benutzung des dienenden Grundstücks gestattet werde, daß damit das Grundstück nicht mehr nur "in einzelnen Beziehungen" benutzt werde, wie es für die erste Belastungsmöglichkeit des § 1018 Voraussetzung

228) Zur Kritik an der Rechtsprechung vgl. auch Eberlein, S. 47 ff. Er weist darauf hin, daß gleichstarke andere gewerbliche Verpflichtungen nicht im Hinblick auf die §§ 8, 10 GewO entschieden werden könnten, so daß dafür nur allgemeine Gesichtspunkte, wie z.B. § 138, herangezogen werden könnten. Eine Gleichbehandlung dieser Fälle wäre aber auf Grund ihrer gleichen Auswirkungen angebracht.

229) NJW 1965, 1484

ist. Verneint wird das mit der Feststellung, nicht der Berechtigte solle das Grundstück ausschließlich als Stellplatz für Kfz benutzen - also kein Dulden durch den Eigentümer sei gewollt -, es solle vielmehr der aus Art. 62 BayBauO ²³⁰⁾ fließende Anspruch dinglich gesichert werden, daß der Eigentümer das Grundstück allein zur Hinterstellung von Kfz verwende. Dem Eigentümer solle es weiterhin gestattet bleiben, sein Grundstück zu benutzen, aber nur in dieser einzigen bestimmten Weise. Es sei somit der Fall des Verbots der Vornahme gewisser Handlungen auf dem Grundstück gegeben, wobei es keinen Unterschied mache, ob die untersagten Handlungen positiv durch ihre Benennung aufgezählt würden oder ob sie negativ durch Bezeichnung der gestatteten mehreren Handlungen oder auch nur der einzigen Befugnis umschrieben würden.

Soweit damit gesagt sein soll, daß das mit der Eintragung Gewollte trotz verschiedener Formulierungen immer das Gleiche bleibe, ist dem zuzustimmen ²³¹⁾. Auf den vorliegenden Fall bezogen soll das heißen, daß mit dieser einzig verbleibenden Befugnis automatisch alle anderen Benutzungsmöglichkeiten unterlassen werden müßten.

230) Vom 1. August 1962

231) Das entspricht dem oben angewandten Grundsatz, daß nicht die Formulierung als solche entscheidend ist.

Gerade mit dieser gewonnenen Erkenntnis hätte an dieser Stelle der Entscheidung nun geprüft werden müssen, ob nicht in Wirklichkeit von der Person des Eigentümers ein positives Tun verlangt werde. Das drängt sich gerade auch dann auf, wenn man in der Entscheidung selbst liest, daß der in Art. 62 BayBauO. auf ein ganz bestimmtes Benutzungsverhalten des Eigentümers gerichtete Anspruch gesichert werden solle. Er soll es in der Tat. Art. 62 Abs. 2 verlangt vom Grundstückseigentümer als positive Handlung, Stellplätze für Kfz in ausreichender Zahl und Größe herzustellen. Insbesondere Abs. 6 gestattet, dazu ein in der Nähe des Baugrundstücks gelegenes geeignetes Grundstück zu benutzen, wenn seine Benutzung für diesen Zweck rechtlich gesichert ist.²³²⁾ Die "rechtliche Sicherung" läßt aber auch andere Sicherungen als nur die dingliche dem Wortlaut nach zu. Außerdem könnte Art. 62 nicht neue, gegen § 1018 stehende dingliche Sicherungsmöglichkeiten verlangen oder schaffen, oder gar ein positives Tun als Dienstbarkeitsinhalt zulassen. Darauf läuft aber die dingliche Sicherung des in Art. 62 BayBauO verankerten Anspruchs allein hinaus. Denn die dingliche Sicherung des Anspruchs gegen den Grundstückseigentümer mit der hier gewollten Eintragung läßt noch nicht einmal dem Eigentümer die Möglichkeit, das Grundstück über-

232) Von dieser Gestaltung des Sachverhalts muß hier ausgegangen werden.

haupt nicht zu nutzen, sondern er muß es nutzen, denn sonst könnte er seiner Verpflichtung, Kfz-Stellplätze bereitzustellen, nicht nachkommen. Allein darin liegt schon das Verlangen eines positiven Tuns, und dann noch in einer ganz ausschließlichen Art und Weise ²³³⁾. Allein das Unterlassen aller anderer Benutzungsarten würde ja noch nicht die ausschließliche Benutzung für Kfz bewirken. Erst das positive Tun kann das bewerkstelligen. Das ist aber mit dem Grundsatz servitus in faciendo consistere nequit unvereinbar. Der Wesenskern der Eintragung geht dahin, den Anspruch auf ein ganz bestimmtes positives Handeln des Eigentümers dinglich zu sichern. Die Entscheidung muß daher abgelehnt werden.

Auch die dingliche Sicherung der Verpflichtung, das Grundstück als Kfz-Stellplatz herzurichten, in Gestalt einer Reallast muß ausscheiden, weil es sich dabei nicht um eine wiederkehrende, sondern um eine einmalige Leistung handelt, die nicht Gegenstand einer Reallast sein kann ²³⁴⁾. Daß der Eigentümer

233) Nicht zu verwechseln ist dies damit, wenn z.B. ein Eigentümer damit belastet wird, im Falle eines Hausbaus auf seinem Grundstück nur im Villenstil zu bauen oder sein Grundstück nur als Garten zu verwenden. Die Grenze ist zwar eng, aber hier bleibt ihm noch ein genügendes Stück Freiheit; selbst wenn er z.B. ein Haus baut, wozu er nicht gezwungen ist, hat er noch dabei sehr verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten.

234) Vgl. den Wortlaut des § 1105 und das Beispiel in RGZ 57, 334; dazu auch Staudinger-Ring Anm. 14 zu § 1105 statt vieler.

nach dieser einmaligen Leistung verpflichtet sein soll, den erreichten Zustand nicht zu ändern, kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Denn erst wenn dieser Zustand besteht, um dessen Herbeiführung es aber hier primär geht, kann die Frage auftauchen, ob das Unterlassen, diesen Zustand zu ändern, als Dienstbarkeit oder die positive Unterhaltungspflicht als Reallast ²³⁵⁾ eingetragen werden könnte.

c) Ergebnis

Die unter a) und b) gemachten Ausführungen haben gezeigt, was eine konsequente Untersuchung der Frage, ob nicht ein unzulässiges positives Tun als zumindest wesentlicher Kern des Dienstbarkeitsinhalts verlangt werde, zur Klärung eines zulässigen Dienstbarkeitsinhalts beizutragen vermag.

Danach kann in einigen Fällen die Begründung und in anderen Begründung und Ergebnis der Rechtsprechung nicht gebilligt werden, weil sie diesen Grundsatz nicht beachtet oder, wenn sie ihn beachtet, nicht konsequent anwendet. Wird er aber beachtet, so lassen sich gleichgelagerte Sachverhalte auch gleichwertig entscheiden.

235) Insoweit auch ungenau das RG, Bd. 4, 133, wenn es nicht zwischen Herstellung als einer einmaligen Handlung und Instandhaltung eines bestimmten Zustandes als einer dauernden Leistung unterscheidet.

Für die Abgrenzung des zulässigen Inhalts einer negativen Dienstbarkeit ist daher besonders festzuhalten: Jede negativ formulierte Dienstbarkeit ist in ihrem Kern daraufhin zu prüfen, ob sie ein positives Tun zum wesentlichen Inhalt hat. Denn rein von der Formulierung her kann sich die Unterlassungspflicht mit der Leistungspflicht decken, und selbst wenn das nicht genau der Fall ist, kann die negative Umschreibung im Endergebnis allein auf ein positives Tun hinauslaufen.

2.) Die Frage nach der richtigen Interessenbewertung

Für die Richtigkeit einer Formel, die widergeben soll, was unter "gewissen Handlungen" in § 1018 zu verstehen ist und für die Frage, wie weit der Rahmen zulässigerweise zu verbietender Handlungen zu ziehen ist, ist maßgebend das Bewußtsein, in welchem Maße diese Formulierung eine Interessenbewertung mit vorzunehmen hat oder auf welche dem Gesetz möglicherweise innewohnenden Bewertungsmaßstäbe sie Rücksicht nehmen muß. Damit soll der von Westermann mehrfach aufgezeigte Gedanke ²³⁶⁾ des Unterschiedes zwischen den der Norm innewohnenden Bewertungsmaßstäben und Interessen, d.h. den Begehrensvorstellungen, die die Beteiligten verfolgen müssen,

236) Vgl. Wesen und Grenzen S. 14,15; Das Verhältnis, S. 23 ff.

wenn sie die ihnengünstige Rechtslage anstreben, für § 1018 nutzbar gemacht werden²³⁷⁾.

In diesem Sinn soll untersucht werden, ob § 1018 Bewertungsmaßstäbe enthält, die für die Interessenentscheidung der Beteiligten maßgebend sein sollen. Das würde voraussetzen, daß eine Interessenentscheidung in dem Sinne zwischen den Parteien notwendig ist, daß sie zu ihrer Lösung gerade auf diese Gegenüberstellung von Bewertungsobjekt und Bewertungsmaßstab angewiesen ist. Dann erst müßten entsprechende Bewertungsmaßstäbe im Gesetz aufgedeckt werden.

Nicht untersucht werden soll hier die Frage, inwieweit § 1018 Bewertungsmaßstäbe enthält, die für Dritte gelten könnten. Zwar hat eine Grundstücksbelastung Wirkung gegen jedermann, und es ist die Folge der absoluten Wirkung des dinglichen Rechts, daß Interessen Dritter berührt werden. Es ist daher auch erklärlich, daß der Gesetzgeber aus diesem Grunde zwingende Vorschriften schafft, um diese Interessen ohne Rücksicht auf den Willen der unmittelbar Beteiligten zu wahren. Aber gerade der Grundstückseigentümer kann mit seiner Zustimmung zu einer solchen Belastung erst einmal bestimmen, welchen Umfang diese Belastung haben soll. Und

237) Die terminologische und wesensmäßige Trennung ist nach Westermann, Wesen und Grenze, S. 15, notwendig, um das Wesen der Norm und ihre Anwendung auf den Einzelfall richtig zu verstehen. Denn die Gegenüberstellung von Interessen und Bewertungsmaßstäben mache deutlich, daß das Wesentliche in der Norm nicht das Bewertungsobjekt (die Interessen), sondern der Bewertungsmaßstab sei (vgl. Das Verhältnis.....S. 24).

dabei stehen seine Interessen im Vordergrund.

Eine Interessenentscheidung zwischen den Beteiligten in dem oben gekennzeichneten Sinne soll aber mit und durch § 1018 nicht vorgenommen werden, was deutlich wird, wenn man sich klar macht, daß § 1018 keine Rechtsfolgenanordnung i.S. sich widerstreitender Interessen gibt. Denn ein übereinstimmender Parteilille ist schon Voraussetzung für die Möglichkeit einer Eintragung im Grundbuch, also zu dem Zeitpunkt, in dem die Vereinbarkeit der beantragten Eintragung mit § 1018 geprüft wird. Es liegt also keine Streitentscheidung vor²³⁸⁾, in die § 1018 mit seinen möglichen Bewertungsmaßstäben regelnd eingreifen müßte. Die Beteiligten wünschen gerade diese Eintragung. Nach Bewertungsmaßstäben in dieser Richtung braucht also nicht gesucht zu werden, und es können in dieser Richtung auch keine in § 1018 enthalten sein.

Macht man sich noch einmal deutlich, daß eine Bewertungsgrundlage, die sich widerstreitende Interessen zwischen den Beteiligten regeln soll, innerhalb der Norm nur dann zu suchen ist, wenn eine solche Interessenlage tatsächlich gegeben ist, dann mag daran deutlich werden, wie zweifelhaft es ist, wenn der BGH²³⁹⁾ wohl i.S. eines

238) Allerdings gibt es solche auch im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

239) RpfL. 1959, 126 1.Sp.

Bewertungsmaßstabes, der in der Vorstellung des BGH auf die Berücksichtigung der Interessen der oder eines Beteiligten hinzielen soll, dem § 1018 den Gedanken zu Grunde legen will, daß das Institut der Dienstbarkeit nicht zu einer persönlichen Bindung des jeweiligen Eigentümers mißbraucht werden solle²⁴⁰). Von Extremfällen abgesehen, entspricht diese gewollte Schutzfunktion nicht der Wirklichkeit. Wenn nämlich der sich stark bindende Eigentümer diese Bindung - aber ja immer nur in Bezug auf das eine Grundstück - gerade deshalb vereinbart und die Eintragung bewilligt, weil er sich damit nach seiner Vorstellung in der Regel die die Belastung ausgleichenden, ihm seitens des Dienstbarkeitsberechtigten gewährten Vorteile sichern will, so wäre ihm diese vom BGH gewollte Schutzfunktion eher im Wege als nützlich. Die Belastung ist seine Gegenleistung oder zumindest eine Art Gegenleistung für die vom Berechtigten ihm zu besseren Grundstücksnutzung gewährten Vorteile. Einer zu starken Bindung des Eigentümers als Person, wenn sie in den Bereich der positiven Leistungspflicht als Grundstücksbelastung kommt, schiebt ja der Grundsatz servitus in faciendo consistere nequit einen genügenden Riegel vor.

240) Eine dahingehende Bewertungsgrundlage enthält § 1018 nach dem oben Gesagten nicht. Daß der Gesetzgeber auch eine solche nicht in § 1018 niederlegen wollte, zeigt sich an dem Spielraum, den er mit dem weitgefaßten Tatbestand der Interessenentscheidung unter den Beteiligten lassen wollte.

Die Frage nach der richtigen Interessenbewertung stellt sich somit bei § 1018 nicht in dem üblichen Sinn wie bei einer echten Streitentscheidung. Der Interessenstreit zwischen den Beteiligten ist abgeschlossen, wenn es vor dem Grundbuchamt zur Prüfung der Vereinbarkeit der beantragten Eintragung mit § 1018 kommt. Soweit mit der dinglichen Wirkung der Eintragung auch Interessen Dritter berührt werden, ist zu der Notwendigkeit ihrer Berücksichtigung für die Inhaltsbestimmung des § 1018 festzustellen: Die gegen jedermann wirkende Eintragung der Belastung macht nur die Stärke des Rechts des Berechtigten aus, ohne daß diese Stärke des Rechts und ihre Auswirkungen für die Interessen Dritter schon, bei der Frage nach dem zulässigen Inhalt der Dienstbarkeit zu berücksichtigen wäre. Sie ist nur eine Folge der Verdinglichung einer Rechtsposition, aber eben kein inhaltsbestimmendes Kriterium für § 1018. Zwar eine Folge, die schon vorher feststeht - insofern hätte sie der Gesetzgeber schon, wenn er gewollt hätte, für eine einschränkende Inhaltsbestimmung berücksichtigen können. Das kann aber nicht bedeuten, daß die Beteiligten sich wegen dieser Folge in ihren Interessen einschränken mußten. Damit soll gesagt sein, daß auch für die Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit entscheidend auf die Interessen der Beteiligten abgestellt werden kann. Das hat hier zu dem Ergebnis geführt, daß § 1018 gerade keine besonders eingehende Bewertung dieser Interessen vornehmen will.

- 3.) Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse zu einer Formulierung des Inhalts des Begriffs "gewisse Handlungen"

Nachdem sich ergeben hat, daß eine einschränkende Auslegung des § 1018, wie sie die Rechtsprechung und ihr überwiegend folgend die Literatur vorgenommen haben, nicht gerechtfertigt und auch nicht notwendig ist, um zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen, wenn man z.B. dem Grundsatz servitus in faciendo consistere nequit zu einer konsequenten Anwendung verhilft, läßt sich die Antwort auf die Frage, welches die zweckgerechte Inhaltsbestimmung der zweiten Belastungsmöglichkeit in § 1018 sei, dahingehend formulieren: "Gewisse Handlungen" sind alle tatsächlichen Benutzungshandlungen des Grundstücks auf dem Grundstück als rein örtlicher Bestimmung, soweit ihr Verbot nicht auf ein positives Tun des belasteten Grundstückseigentümers hinausläuft.

- 4.) Diesem Ergebnis möglicherweise noch entgegenstehende Gesichtspunkte

a) numerus clausus

Der Typenzwang im Sachenrecht bedeutet eine Abweichung von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Er kommt darin zum Ausdruck, daß die dinglichen Rechte ihrer Zahl und grundsätzlich ihrem Inhalt nach festgelegt sind. Dabei liegt

der gesetzlichen Regelung neben dem Interessenschutz Dritter auch der Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und auch der der Vereinfachung zugrunde.

Dem von vornherein genau begrenzten möglichen Inhalt eines dinglichen Rechts könnte der weite Rahmen der "gewissen Handlungen", wie er oben, allerdings auch nicht ohne Einschränkung, formuliert wurde, widersprechen. Das ist aber nicht der Fall. Denn die unter V 3 gefundene Inhaltsbestimmung ist keine erweiternde oder extensive Auslegung des § 1018 - nur eine solche würde mit dem numerus clausus der Sachenrechte kollidieren können - und im eigentlichen Sinne auch keine einschränkende Auslegung, da sie nicht eine größere Einschränkung des Handlungsbegriffs in § 1018 vornimmt als durch die Gesetzesfassung - "auf dem Grundstück" und nur ein Dulden oder Unterlassen, aber kein positives Tun - vorgegeben ist und einem sinnvollen Zusammenspiel von § 1018 und § 1019 gleich § 1090 und § 1091 entspricht ²⁴¹⁾. Die innerhalb des § 1018 den Parteien ausdrücklich überlassene Gestaltungsfreiheit ist vielmehr Bestandteil des Typenzwanges. Gegen ihn verstoßen kann sie nicht, da sie vom Gesetz vorgegeben ist.

241) Daß dabei § 1091 geringere Anforderungen an das schutzwürdige Interesse des Berechtigten stellt, hat seinen Grund in der nur an die Person gebundenen Dauer der Dienstbarkeit mit der daraus folgenden Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit.

Diese Gestaltungsfreiheit, die sich darauf erstreckt und zugleich ihre Grenze darin hat, daß die vorhandenen Zuordnungsverhältnisse von den Beteiligten nur insoweit benutzt und verändert werden können, als das Gesetz, hier § 1018, den Spielraum dazu gewährt, kann aber auch keinen Verstoß gegen den numerus clausus im Sachenrecht darstellen. Denn numerus clausus (geschlossene Zahl der Zuordnungsrechte) ist insoweit vom Typenzwang zu unterscheiden, als der numerus clausus nämlich bedeutet, daß die Beteiligten nicht beliebig neue Zuordnungsformen schaffen können, während der Typenzwang die Ausgestaltung vorhandener Zuordnungsformen betrifft. Die den Parteien durch § 1018 überlassene weite Gestaltungsfreiheit ist nur Ausgestaltung des Typenzwanges. Sie bewegt sich damit innerhalb der geschlossenen Zahl der vorhandenen Zuordnungsformen. Die Gestaltungsfreiheit schafft keine neue Zuordnungsform, kann also als solche nicht gegen den numerus clausus im Sachenrecht verstoßen.

b) Wirtschaftliche Folgen

Bedenkt man, daß im Rahmen der wirtschafts- und sozialpolitischen Ansichten und Bestrebungen einer Zeit Bewertungsmaßstäbe zu suchen sind, die der Gesetzgeber eventuell berücksichtigt wissen wollte, dann ist es denkbar, daß wirtschaftliche und andere Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte Bewertungsmaßstäbe abgeben

können²⁴²⁾. Das gilt für ein noch nicht abschließend gefundenes Ergebnis, für das sich ein anderer eindeutiger Lösungsweg nicht finden läßt. Aber auch ein schon gefundenes Ergebnis ist auf solche Zweckmäßigkeitssichtspunkte hin zu prüfen, um von daher gegebenenfalls festzustellen, daß bisher ein möglicher Bewertungsmaßstab übersehen worden ist. So ist das oben dargestellte Ergebnis, daß die Wohnungsbelegungsdienstbarkeit als unzulässig anzusehen ist, auf seine wirtschaftlichen Folgen zu prüfen. Dazu ist festzustellen, daß mit dem Fortfall der dinglichen Sicherungsmöglichkeit eines solchen "Vermietungsanspruchs" kein wirtschaftlich unvertretbarer Zustand eintritt. Es bleiben genügend durchsetzbare Sicherungsmöglichkeiten gegen den Belasteten, der z.B. nur Bundesbediensteten eine Wohnung überlassen soll. Schuldrechtliche Verpflichtungen und die mit deren Durchsetzung im Wege der Vollstreckung verbundene Wirkung dürften jedenfalls ihm gegenüber genügen, um ihn als Schuldner bei seinen Verpflichtungen zu halten,

242) Vgl. Westermann, Das Verhältnis....S. 24. Damit soll nicht gesagt sein, daß in § 1018 wirtschaftliche Gesichtspunkte besonders zu berücksichtigen wären. Gerade der nach der oben genannten Inhaltsbestimmung des Begriffs "gewisse Handlungen" verbleibende weite Rahmen für die Zulässigkeit des Verbots gewisser Handlungen macht ihre besonders Berücksichtigung jedenfalls für § 1018 überflüssig. Es gilt nur, an Hand solcher, über § 1018 hinausgehender Überlegungen eventuell die Richtigkeit der gefundenen Inhaltsbestimmung zu bestätigen.

wenn er nicht des zweckgebundenen finanziellen Zuschusses wieder verlustig gehen will. Daß für den Kreditgeber ein generelles wirtschaftliches Risiko verbleibt, entspricht dem heutigen Ausmaß des wirtschaftlichen Konkurrenzkampfes. Damit soll insbesondere auf die Situation im Wirtschaftsleben hingewiesen werden, daß z.B. ein Schuldner Hilfestellungen und Unterstützung verschiedener Kreditgeber oder Firmen in Anspruch nimmt, wozu diese aus Konkurrenzgründen oft notwendigerweise bereit sind. Bei späterer mangelnder Liquidität des Schuldners auf Grund einer Verschlechterung seines Absatzes oder Verschuldung wegen falscher Kalkulation seiner wirtschaftlichen Möglichkeiten wird das Risiko der einzelnen Gläubiger deutlich: Für alle bietet nämlich das Vermögen des Schuldners in der Regel keine Sicherheit. Für dieses sich aus dem Konkurrenzkampf ergebende und bei dem Gläubiger verbleibende wirtschaftliche Risiko - i.S. einer erfolgreichen Vollstreckung bestehender Ansprüche - gibt das geltende Recht auch keinen Rechtsschutz, der ein solches Risiko insgesamt ausschließen könnte. Das ist auch solange nicht möglich, als Vertrags- und Gestaltungsfreiheit ein grundlegendes Prinzip unserer Rechtsordnung darstellen, so daß ein Schuldner immer mehr Verpflichtungen eingehen kann, als er in Wirklichkeit zu erfüllen in der Lage ist. Der Schutz der Gläubiger kann nur mit den für den Einzelfall zulässigen Sicherungsmög-

lichkeiten erreicht werden. Das wirtschaftliche Risiko einer tatsächlichen Befriedigung rechtlich zwar bestehender Ansprüche bleibt dabei oft bestehen.

Letztlich entscheidend ist aber auch hier, daß selbst wirtschaftliche Zwecküberlegungen, wollte man z.B. in Bezug auf die Wohnungsdienstbarkeiten ihnen eine gegenteilige, bedeutende Notwendigkeit beimessen, gegen das auf den oben dargestellten dogmatischen Grundlagen beruhende Ergebnis nichts ausrichten können, das zudem erst zur rechtlichen Gleichbehandlung gleichgelagerter Sachverhalte führt.

Umgekehrt ist aber auch eine erst nach der oben gegebenen Definition denkbare und zulässige beschränkt persönliche Dienstbarkeit des Inhalts, daß z.B. auf dem Nachbargrundstück kein Feuer gemacht oder Trompete gespielt werden dürfe, auf etwaige wirtschaftliche Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte hin zu untersuchen. Mag auf den ersten Blick eine solche Dienstbarkeit lächerlich erscheinen und zu den "beliebig auch sonstwo, als gerade auf diesem Grundstück" vorzunehmenden Handlungen gehören sollen ²⁴³⁾. Bei näherer Über-

243) Zu dieser Argumentation vgl. oben V a.A. Legte man an diesen Dienstbarkeitsinhalt die Maßstäbe der Verschiedenheit der Benutzung und die unmittelbare Wirkung an oder wollte über das "Sinnvolle" solcher Handlungen auf dem Grundstück entscheiden, wäre über seine Zulässigkeit schon im gleichen Augenblick entschieden.

legung gewinnt ihre generelle Zulässigkeit nach § 1018 bzw. § 1090 doch an Bedeutung. Es ist nur daran zu denken, daß z.B. auf dem Nachbargrundstück Personen leben, deren Gesundheitszustand ganz besonders von Lärm und anderen nach außen wirkenden Reizmitteln wie Rauch aus nächster Nähe abhängig ist. Das von § 1091 verlangte schutzwürdige persönliche Bedürfnis wäre damit zweifelsfrei gegeben. Man braucht sich nur einen für diese Nöte aufgeschlossenen Eigentümer des Nachbargrundstücks vorzustellen, und man würde zu einer entsprechenden Belastung des Nachbargrundstücks gelangen können. Damit wären auch andere und spätere Mieter und Eigentümer in ihrer Verhaltensweise gebunden. Man wird nicht sagen können, daß eine solche Dienstbarkeit, die auch selten sein mag und der keine besondere wirtschaftliche Notwendigkeit zugrunde liegt, von den Beteiligten her gesehen deswegen eine weniger schutzwürdige Belastung darstellt.

Die Beispiele der unzulässigen Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit und der zulässigen Dienstbarkeit, auf dem Nachbargrundstück z.B. keine Trompete zu spielen, machen deutlich, daß das Vor- oder Nichtvorliegen wirtschaftlicher Interessen kein dogmatisch entscheidendes Kriterium für die Inhaltsbestimmung des § 1018 sein kann. § 1018 macht die Zulässigkeit einer Eintragung nicht von wirt-

schaftlichen Gesichtspunkten abhängig. Die oben gefundene, nicht einengende Inhaltsbestimmung des § 1018 läßt gerade weiten Raum für alle wirtschaftlichen wie nicht wirtschaftlichen Bedürfnisse. Für die Zulässigkeit einer Eintragung nach § 1018 ist daher ihr Vor- oder Nichtvorliegen niemals, weder positiv noch negativ, entscheidend. Wirtschaftliche wie auch nicht wirtschaftliche Interessen werden erst durch die §§ 1019, 1091 einer Prüfung unterzogen.

Es zeigt sich einmal mehr, daß durch § 1019 und § 1091 dem durch die §§ 1018, 1090 gegebenen weiten Rahmen für den Einzelfall immer eine zweckgerechte Grenze gezogen wird. Indem die Beteiligten aus zwischen ihnen bestehenden besonders gelagerten Interessen mit dieser Belastung einverstanden sind, ist wirtschaftlichen und damit objektiven Zweckmäßigkeitsgründen Genüge getan.

Diese Argumentation würde zwar auch für die oben abgelehnten Dienstbarkeiten zutreffen. Nur besteht der Unterschied, daß hier diese Überlegungen ein vorher ohne sie gefundenes, dogmatisch gerechtfertigtes Ergebnis bestätigen, während man vorher den umgekehrten Weg ging ²⁴⁴⁾, wobei dann aber wirtschaftliche Ziele sich nicht mit den rechtlichen Möglichkeiten in Einklang bringen ließen.

244) Vgl. die Begründung in der Entscheidung des KG in NJW 1954, 1245 und oben Anm. 21 und II 3 c.

VI. Vergleich zum schweizerischen Zivilrecht

Nachdem für den Bereich des BGB geklärt worden ist, wie eine zweckgerechte Inhaltsbestimmung der zweiten Belastungsmöglichkeit des § 1018 lauten muß, muß es reizvoll erscheinen zu prüfen, wie die wahrscheinlich ähnlich liegenden Probleme in einer anderen gesetzlichen Regelung, die zudem in der Entstehungsgeschichte noch vergleichbare Ähnlichkeiten aufweist, gelöst worden sind. Gegebenenfalls sind hier Abgrenzungskriterien herausgearbeitet, die für eine zweckgerechte Inhaltsbestimmung übernommen werden können. Dazu bietet sich das schweizerische Zivilrecht an.

Zuerst soll allein die gesetzliche Regelung betrachtet und eventuelle Unterschiede herausgestellt werden. Danach ist auf die Rechtsprechung einzugehen ²⁴⁵⁾, und im Anschluß daran sind Abgrenzungsversuche der schweizerischen Literatur näher zu betrachten.

1.) Gesetzesfassung

Der für den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit maßgebende Artikel 730 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) hat folgenden Wortlaut:

Ein Grundstück kann zum Vorteil eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, daß ein Eigentümer sich

245) Das soll aber nur in dem Umfang geschehen, als sich Unterschiede zu der bisher erwähnten Rechtsprechung zum Geltungsbereich des BGB ergeben.

bestimmte Eingriffe des Eigentümers dieses anderen Grundstücks gefallen lassen muß oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf.

Eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen kann mit der Grunddienstbarkeit nur nebensächlich verbunden sein.

Im Vergleich zu § 1018 muß hier zweierlei auffallen. Einmal der in Art. 730 mit hineingezogene Vorteil eines anderen Grundstücks, der im BGB in § 1019 besonders geregelt ist, und zum anderen in Abs. 2 der ausdrückliche Hinweis, daß ein Tun nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein kann. Damit ist allerdings kein wesensmäßiger Unterschied zum BGB gegeben. Die Klarstellung rechtfertigt sich, sofern sie dessen überhaupt bedarf, aus der nicht so eindeutig nur auf ein Dulden oder Unterlassen abgestellten Formulierung des Abs. 1

Anders verhält es sich dagegen mit dem Grundstücksvorteil. Zwar liegt die Annahme nahe, daß das Fehlen einer dem § 1019 entsprechenden Bestimmung im ZGB darin seine Erklärung findet, daß sie schon in Art. 730 ZGB mitenthalten ist; aber es besteht Einigkeit ²⁴⁶⁾ darüber, daß mit der Wendung "zum Vorteil eines anderen Grundstücks" nur die Bezeichnung des berechtigten Subjekts, d.h. daß die Berechtigung mit dem Eigentum an einem Grundstück

246) Vgl. Liver Anm. 103 zu Art. 730 und Schatzmann S. 39 Anm. 1

verbunden ist, und die Abgrenzung zur Personaldienstbarkeit erzielt werden soll, der Begriff "Vorteil" hier also nicht im Sinne der utilitas fundi verstanden werden kann 247).

Welche Auswirkung die vollständige Preisgabe dieses Erfordernisses für die Grunddienstbarkeit gerade im Zusammenspiel mit

247) Schatzmanns Kritik, S. 38, am BGB, das Festhalten am Erfordernis der Utilität würde den modernen Bedürfnissen nicht gerecht und führe zu kleinlichen, kasuistischen, unsicheren Unterscheidungen, kann nicht gefolgt werden. Schatzmann verkennt das Verhältnis von § 1018 zu § 1019, das Verhältnis von generellen Zulässigkeitsvoraussetzungen zu dem Schutzwürdigkeitserfordernis im Einzelfall. Unrichtig auch seine Behauptung, das Utilitätserfordernis stünde im Widerspruch zum Grundbuch, da entsprechend dem Legalitätsprinzip der Grundbuchverwalter wissen müsse, welche Rechte einzutragen sind. Dabei läßt Schatzmann außer acht, daß es Sache der Parteien ist, den Nachweis der utilitas zu führen und allein darin liegende Schwierigkeiten noch keinen Widerspruch zur Einrichtung des Grundbuchs bewirken können.

Art. 736 ZGB ²⁴⁸⁾ hat, macht Liver sehr deutlich ²⁴⁹⁾. Da die Formulierung in Art. 730 ZGB auch nicht dahin verstanden werden könne, daß die Grunddienstbarkeit einen Inhalt haben müsse, aus dem sich für den ersten und jeden weiteren künftigen Eigentümer des berechtigten Grundstücke der gleiche, dauernde Vorteil ergebe - sonst gelange man wieder zur gemeinrechtlichen Utilität - könnten rein persönliche Interessen des Berechtigten durch eine Grunddienstbarkeit gesichert werden. Wenn dann dieses Interesse für einen Erwerber des Grundstücks nicht bestehe, so sei es möglich, daß ihm gegenüber ein Anspruch auf Ablösung durch den Richter gegeben sein könne ²⁵⁰⁾.

248) Art. 736 ZGB lautet: Hat eine Dienstbarkeit für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen. Ist ein Interesse des Berechnigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von verhältnismäßig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden.

Eine dem Art. 736 entsprechende Bestimmung findet sich im BGB nicht. Verwandt ist ihr als im BGB nicht ausdrücklich geregelter Erlöschensgrund der Verlust der Nützlichkeit oder die Unmöglichkeit der Ausübung (vgl. aber KG in OLG 31, 336, wonach die noch bestehende objektive Möglichkeit, die Vorteile der Dienstbarkeit einmal zu nutzen, ausreichen soll.)

249) Anm. 104, 105 zu Art. 730 ZGB.

250) Vgl. auch ein Beispiel in Anm. 87 zu Art. 730 ZGB.

Hier setzt dann auch Livers Kritik an. Rein persönliche und deshalb vorübergehende Bedürfnisse könnten damit, so führt er aus, durch dingliche Sicherung in Dienstbarkeitsverhältnis zwischen Grundstücken umgewandelt werden, wodurch sie den Charakter von Grundeigentumsbefugnissen, der ihnen fremd sei, und eine Stabilität erhielten, die sie nicht verdienten. Der Gesetzgeber hätte am Erfordernis der Utilität festhalten müssen, wenn er Dienstbarkeitsrechte mit einem rein persönlichen Interesse und die mit einer nur beschränkten Existenzberechtigung auf Zeit, solange nämlich der erste Berechtigte Eigentümer des Grundstücks ist, hätte verhindern wollen. Denn solche Bedürfnisse hätten dann durch die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ²⁵¹⁾ gleichwohl befriedigt werden können. So aber, das läßt sich ergänzend hinzufügen, ist der

251) Vgl. Art. 781 ZGB: Dienstbarkeiten anderen Inhalts können zugunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft an Grundstücken bestellt werden, so oft diese in bestimmter Hinsicht jemanden zum Gebrauch dienen können, wie für Abhaltung von Schießübungen oder für Weg und Steg. Sie sind, soweit es nicht anders vereinbart wird, unübertragbar, und es bestimmt sich ihr Inhalt nach den gewöhnlichen Bedürfnissen des Berechtigten. Im übrigen stehen sie unter den Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten.

Unterschied, wie er im BGB durch die §§ 1018, 1019 einerseits und die §§ 1090, 1091 andererseits zwischen Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten besteht, aufgehoben, und jede Verpflichtung zur Befriedigung eines beliebigen persönlichen und bloß vorübergehenden Bedürfnisses kann dinglich auch als Grunddienstbarkeit und nicht nur beschränkt persönliche Dienstbarkeit gesichert werden. Hier ist ein deutlicher Unterschied zum BGB sichtbar.

Weiter fällt im Vergleich zum BGB auf, daß in Art. 730 ZGB eine so deutliche örtliche Bestimmung wie "auf dem Grundstück" in § 1018 fehlt, woraus sich für § 1018 die alleinige Zulässigkeit des Verbots tatsächlicher Handlungen herleitet. Aber indem man darauf abstellt, daß Dienstbarkeiten Benutzungsrechte am belasteten Grundstück sein sollen, und diesen darin liegenden tatsächlichen Handlungskern berücksichtigt, gelangt man zu dem gleichen Ergebnis, daß nämlich eine Beschränkung in der Verfügung über das Recht am Grundstück und zu rechtsgeschäftlichem Handeln mit Bezug auf das Grundstück nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein kann²⁵²⁾.

Ein weiterer, für die vorliegende Arbeit zwar

252) Vgl. Liver Anm. 140 zu Art. 730 ZGB

speziell nicht ²⁵³⁾, aber sonst bedeutsamer Unterschied liegt darin, daß Art. 733 ZGB die Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit ausdrücklich zuläßt. Für das BGB ist erst seit der RG-Entscheidung ²⁵⁴⁾ aus dem Jahre 1933 die Zulässigkeit einer Eigentümerdienstbarkeit zur h.M. geworden ²⁵⁵⁾.

In der weiteren Ausgestaltung des Dienstbarkeitsrechts gleicht das ZGB dem BGB ²⁵⁶⁾.

253) Daher auch im folgenden kein weiteres Eingehen auf dieses dogmatisch interessante Problem.

254) Vgl. RGZ 142, 231 ff.; OLG Düsseldorf, NJW 1961, 176 und zuletzt für die Zulässigkeit einer beschränkt persönlichen Eigentümerdienstbarkeit der BGH in NJW 1964, 1226 ff.

255) Bis dahin hatte die Praxis genau die gegenteilige Auffassung vertreten und entsprechend dem Grundsatz "nemini res sua servit" die Zulässigkeit verneint, vgl. auch Westermann, § 122 III 3. Interessant die Kritik bei Roth-Stielow, Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, Villingen 1963, S. 151 ff.(152), die dort dem Wandel der Rechtsprechung widerfährt !

256) Die Reihenfolge rechtfertigt sich aus der zeitlich verschiedenen Entstehung.

So decken sich

Art. 737 ZGB mit den §§ 1019, 1020, 1027, 1029

Art. 738 ZGB mit § 1019 S. 2

Art. 741 ZGB mit den §§ 1020 S. 2, 1021

Art. 742 ZGB mit § 1023

Art. 743 ZGB mit § 1025

und schließlich Art. 744 ZGB mit § 1026.

2. a) Die Rechtsprechung

Auch in der schweizerischen Rechtsprechung bildet der Ausschluß der Ausübung des Eigentumsrechts in "gewissen Richtungen" (so Art. 730 ZGB gegenüber § 1018 BGB) auf dem belasteten Grundstück neben der Nutzung den Hauptanwendungsfall in der Rechtspraxis. Die negative Dienstbarkeit ist auch hier die für das Wirtschaftsleben günstigste Möglichkeit, Gewerbebeschränkungen in Form von Wettbewerbs- und Konkurrenzverboten dinglich zu sichern²⁵⁷⁾ oder nachbarrechtliche Interessen zu regeln.

Die Ergebnisse, zu denen die schweizerische Rechtsprechung gelangt, stimmen, soweit sich die Sachverhalte gleichen, mit denen der BGH-Rechtsprechung überein, ohne sich allerdings in den jeweiligen Begründungen dogmatisch so zu exponieren, wie es die oben besprochenen Entscheidungen zum BGB getan haben.

257) Vgl. Liver Anm. 113 zu Art. 730 ZGB

So wird von der Rechtsprechung die sog. Bierservitut zwar auch einhellig abgelehnt ²⁵⁸⁾, ohne aber in der Begründung weitgehende oder differenzierende Betrachtungen anzustellen. Legt man Livers ²⁵⁹⁾ Hinweis zugrunde, daß schon in den Beratungen des ZGB die Unzulässigkeit der Bierservitut betont worden ist ²⁶⁰⁾, so findet sich hierfür darin weitgehend eine Erklärung ²⁶¹⁾.

Im wesentlichen stützt sich die Ablehnung der Bierservitut darauf, daß es, wie Liver ²⁶²⁾

258) Vgl. RR St.Gallen in ZBGR 6, 120 f.;
Eid.GB-Amt in ZBGR 18, 138

259) Anm. 115 zu Art. 730 ZGB

260) Wenn auch ausdrücklich nur die als Grundlast (vgl. Art. 782 ZGB), wobei aber kein Zweifel bestehen konnte, daß sie erst recht als Dienstbarkeit unzulässig sein sollte.

261) Von dieser vorgegebenen Unzulässigkeit der Bierservitut her mag es erklärlich erscheinen, daß in der Ansichtsausßerung des Eid.GB-Amts vom 26.8.1932 (ZBGR 18, 138) sich folgender Satz findet: Es würde dem Sinn und Geist des Gesetzes widersprechen, wenn man nachträglich auf Grund der Fassung des Art. 782 Abs.3 ZGB gerade jene verpönte (!) Verdinglichung der Bierbezugspflicht zulassen wollte, die mit der Beifügung dieser Bestimmung ausgeschlossen werden sollte.

262) Anm. 117 a.E., 118 zu Art. 730 ZGB

sagt, ohne jeden Einfluß auf den Zustand und die wirtschaftliche Eigenart des Grundstücks sei, ob darauf Bier der einen oder der anderen Brauerei ausgeschenkt werde, die Grundstücksbenutzung werde dadurch nicht berührt und zum anderen habe die Bierservitut keine Betätigung des Grundstückseigentümers zum Gegenstand, welche die nach außen (!) in Erscheinung tretende Eigenart des Grundstücks bestimme. Zu dieser Begründung braucht an dieser Stelle nicht noch einmal Stellung genommen zu werden, da sich nur eine Wiederholung der oben ausführlich betrachteten und dargestellten wirklichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände einer solchen Bezugspflicht ergeben würde. Auch hier ist festzustellen, wie wenig darauf abgestellt wird, daß die Grunddienstbarkeit nur ein rein passives Verhalten zum Gegenstand haben kann ²⁶³⁾. Ganz besonders deutlich wird das an einer Entscheidung des Eidgenössischen Grundbuchamts ²⁶⁴⁾, wo es um die Verpflichtung des Käufers eines Grundstücks ging, dieses nicht mit elektrischer Energie eines anderen Werkes als desjenigen des Verkäufers beliefern zu lassen. Zwar wird in der Entscheidung richtig festgestellt, daß der Käufer und Grundstückseigentümer mit einer solchen Verpflichtung nicht zu einem Dulden oder Unterlassen in der Benutzung des Grundstücks verpflichtet werde. Aber alles, was zur Begründung dieser Feststellung ausge-

263) Vgl. Tuor S. 557

264) SJZ 32, 348

geführt wird, hätte mit der einen Feststellung verdrängt bzw. ersetzt werden können, daß mit dieser Energiebezugsverpflichtung - denn wer käme ohne elektrische Energie auf einem bewohnten Grundstück aus - ein positives Tun von dem Belasteten verlangt werde, das eben nicht dinglich gesichert werden kann.

In der Rechtsprechung der schweizerischen Zivilgerichte ist auch die Zulässigkeit von Dienstbarkeiten mit dem Inhalt von Gewerbebeschränkungen zum Zwecke von Konkurrenzverboten immer anerkannt worden ²⁶⁵⁾. Allerdings konnten Widersprüche hier in den Ergebnissen nicht vermieden werden, was wesentlich an der fehlenden dogmatisch klaren Abgrenzung durch höchstrichterliche Entscheidungen liegen mag ²⁶⁶⁾.

265) Vgl. BGE 86 II 252 f. und BGE 78 II 26/27. Liver, Anm. 119 zu Art. 73o ZGB, stellt dazu fest, daß die Frage, welche Merkmale eine Gewerbebeschränkung aufweisen müsse, um den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden zu können, noch nicht die ihrer praktischen Bedeutung entsprechende Aufmerksamkeit gefunden habe. Livers Bedenken zu dieser weitgehenden Zulässigkeit sind später besonders darzustellen.

266) So heißt in der Entscheidung des Bundesgerichts, BGE 86 II, 252, der entscheidende Satz, der dem Hinweis auf Livers Bedenken an dinglichen Konkurrenzverboten folgt, ohne sich mit diesen auseinanderzusetzen: "Indessen ist grundsätzlich an der in der Schweiz herrschend gewordenen Ansicht festzuhalten, die angesichts der zahlreichen Dienstbarkeiten solcher Art geradezu gewohnheitsrechtliche Bedeutung gewonnen hat."

In zwei verschiedenen Fällen war über die Verpflichtung des Grundeigentümers zu entscheiden, für die Abgabe von Treibstoffen, Ölen und Fetten nur Apparate einer bestimmten Firma zu verwenden und die Aufstellung und Verwendung anderer Apparate dieser Art zu unterlassen ²⁶⁷⁾. In beiden Fällen handelte es sich um den sachlich gleichen Tatbestand.

Während der Regierungsrat in Bern ²⁶⁸⁾ eine solche Eintragung als Dienstbarkeit nicht zuließ, hat die Justizdirektion Aargau ²⁶⁹⁾ diese Verpflichtung als negative Personaldienstbarkeit für eintragbar erklärt. Im Ergebnis

267) Dieser Tatbestand ist nicht mit demjenigen zu verwechseln, daß der Hersteller selbst das Grundstück ausschließlich benutzen will, um nur seine Apparate aufstellen zu können (Dulden durch den Eigentümer). So die zum BGB besprochene Tankstellendienstbarkeit als ausschließliches Benutzungsrecht mit zusätzlichem Konkurrenzverbot. Nur das Letztere ist auch im vorliegenden Sachverhalt so enthalten. - Daher ungenau Livers Feststellung, Anm. 133 zu Art. 730, im Anschluß an die von ihm zitierten Tankstellenentscheidungen, daß der Inhalt der dortigen Tankstellenservitut aus einer positiven und negativen Dienstbarkeit bestehe, wobei der Grundeigentümer sich bei der positiven verpflichte zu dulden, daß die Benzinvertriebsgesellschaft ihre Apparate aufstelle. Gerade auf ein solches Dulden ging der Sachverhalt jedenfalls in den beiden von ihm zitierten Entscheidungen nicht ! Vielmehr sollte der Eigentümer selbst handeln.

268) ZBGR 30, 75 ff. (vom 23.9.1947)

269) ZBGR 30, 205 f. (vom 5.3.1948)

ist nur die erste Entscheidung zu billigen, die auch auf den allein entscheidenden Gesichtspunkt hinweist, daß nämlich die Pflicht des Eigentümers, nur bestimmte Apparate aufzustellen und zu verwenden, weder einen Eingriff in das Grundstück durch den Berechtigten gestatte (Dulden), noch den Verzicht auf die Ausübung des Eigentums nach einer bestimmten Richtung (Unterlassen) enthalte. Man vermißt allerdings den Ausspruch der daraus sich notwendig ergebenden Schlußfolgerung, daß nämlich damit vom Eigentümer ein, nicht nur nebensächliches, positives Tun verlangt wird: er soll aufstellen und verwenden. Das Letztere betont zwar auch die Justizdirektion 270), ohne allerdings die rechtliche Konsequenz daraus zu ziehen 271). Im Gegenteil, dort wird behauptet, daß sich eine solche Verpflichtung als negative Personaldienstbarkeit qualifiziere, deren Eintragungsfähigkeit nicht zu bezweifeln sei 272). Das mag für das Unterlassen des Aufstellens anderer Apparate stimmen. Es stimmt nur nicht für den wesentlichen Teil der Verpflichtung, nämlich vor diesem Unterlassen ein bestimmtes aktives Verhalten zu zeigen.

270) ZGBR 30, 205 letzter Abs. 2 S.

271) Erstaunlich, daß Liver, Anm. 130 a.E., beide Entscheidungen für die Bejahung der Zulässigkeit der Tankstellendienstbarkeit in dieser Form zitiert, ohne auf ihr verschiedenes Ergebnis und vor allen Dingen Begründung hinzuweisen.

272) ZBGR 30, 205 (unten)

Einen Ansatzpunkt zur genaueren Abgrenzung der zulässigen von der unzulässigen sachenrechtlichen Beschränkung des Grundeigentums bietet der Jahresbericht des Notariatsinspektors (Zürich) an das Obergericht über das Jahr 1951 ²⁷³⁾.

Dort wird insbesondere zu der sog. Benzin-servitut Stellung genommen, die zum Inhalt hat, daß einmal für den Eigenbedarf einer Tankstelle kein anderes Produkt als Shell-Motorenbrennstoffe verwendet werden und auch keine anderen Produkte vermittelt werden dürfen und zum anderen auf keinen Fall andere Verteilungsanlagen als solche der Shell errichtet und betrieben werden dürfen. Die "offensichtliche" Unzulässigkeit einer solchen Eintragung als negative Dienstbarkeit wird mit der unbedingt richtigen Feststellung begründet, daß in dem Gebot ²⁷⁴⁾, nur die Produkte bestimmter Unternehmen auf dem Grundstück zu vertreiben, nicht eine Unterlassung in der Benutzung des Grundstücks i.S.

273) ZBGR 33, 145 ff (150 ff.). Er ist nicht eigentliche Rechtsprechung und sein Inhalt kann somit auch nicht als von ihr praktiziert angesehen werden, sondern nimmt als Mitteilung der Praxis eine Mittelstellung zwischen Rechtsprechung und Literatur ein.

274) Das in der Begründung gebrauchte Substantiv "Verbot" ist unkorrekt, da es nicht der Formulierung der beantragten Eintragung entspricht; denn das Verbot, kein anderes Benzin zu verwenden, ist nur die Folge des Gebots, nur Shell-Treibstoffe zu verwenden.

von Art. 730 ZGB erblickt werden könne 275). Es ist nicht ersichtlich, ob die Betonung dieser Feststellung auf dem "Unterlassen" oder der "Benützung" liegt. Soweit die Benutzung gemeint ist, muß gesagt werden, daß auch Art. 730 ZGB gleich § 1018 BGB auf alle auf dem Grundstück denkbaren tatsächlichen Handlungen abstellt, die dann alle, eben auf dem jeweils bestimmten Grundstück ausgeführt, ein Benutzen dieses Grundstücks darstellen. Und eine solche tatsächliche Handlung ist das Benzinverteilen oder Abfüllen wie das Bierausschänken. Das Abstellen auf die "Benützung" kann hier also für die Unzulässigkeit nichts hergeben. Entscheidend ist vielmehr, daß in der Tat kein Unterlassen einer Handlung vorliegt; sondern eine positive, ganz bestimmte Benutzungshandlung von dem Eigentümer verlangt wird.

Auch hier muß erstaunen, daß, obwohl ein viel deutlicherer Ansatz als in der Rechtsprechung zum BGB dafür gemacht ist, zu prüfen, ob wirklich ein Dulden oder Unterlassen vorliegt, daß mit dieser Erkenntnis nicht konsequent argumentiert wird. Denn die im weiteren folgende Feststellung, daß Gegenstand einer solchen Vereinbarung nicht sei, dem Eigentümer zu untersagen, sein Eigentumsrecht in einer bestimmten Richtung auszuüben und damit die Sachnutzung zu beschränken, bestärkt zwar noch die erste Feststellung, läßt aber unausgesprochen, als was denn nun, einmal positiv

275) ZBGR 33, 151

ausgedrückt, eine solche (unzulässige) Vereinbarung anzusehen ist. Die angegebenen Beispiele, die eine zulässige Vereinbarung darstellen - keine Verteilungsanlage zu erstellen oder ein Unternehmen von bestimmter Art nicht zu betreiben - lassen auch nur erkennen, daß man sie für zulässig hält, weil sie die gesamte Art bestimmter Handlungen auf dem Grundstück verbieten, und somit das Grundstück überhaupt nicht mehr zu einer solchen Handlung benutzt werden kann. Das sind aber wieder die viel stärkeren Belastungen, die in jedem Fall zulässig sein sollen. Aber gerade die Frage nach der Unzulässigkeit der geringeren Belastung und ihre Beantwortung bleiben mit solchen Beispielen ungeklärt, diese verleiten vielmehr zu der Argumentation, daß, wenn das Mehr an Belastung zulässig ist, es erst recht das Weniger sein müsse. Wie aber im Verlauf der Arbeit gezeigt, läßt sich die Unzulässigkeit der geringeren Belastung eben nicht aus einer solchen Gegenüberstellung beantworten, da die Unzulässigkeit der geringeren Belastung nicht aus der Stärke der Belastung herrührt, sondern aus dem Grundsatz, daß nicht die Vornahme einer Handlung durch den Eigentümer dinglich soll gesichert werden können.

Noch eine weitere Überlegung zur Inhaltsbestimmung wird in dem Jahresbericht herangezogen, die der von der nur "rechtsgeschäftlichen Bindung" in der Rechtsprechung zum

BGB gleicht. Es wird argumentiert ²⁷⁶⁾, daß, wenn der Belastete nur verpflichtet werde, für den Fall einer bestimmten Art der Sachnutzung (Betrieb einer Benzin Service Station) die erforderlichen Verträge mit dem aus der Vereinbarung Berechtigten abzuschließen, daß dann die das Wesen der Dienstbarkeit ausmachende unmittelbar auf das Grundstück wirkende Beschränkung in der Sachnutzung ²⁷⁷⁾ fehle. In den beiden entscheidenden Gesichtspunkten geht diese Begründung fehl.

Das Abstellen auf die Verpflichtung zum Vertragsabschluß ist schon von der objektiven Erfassung des Sachverhalts her unrichtig, denn wie oben zu der Frage des "Vermietens" gezeigt worden ist, ist der rechtliche Grund, wonach sich die Benutzungshandlung des Grundstücks bemißt, in keinem Fall entscheidend für das Verbot und die dingliche Belastung des Grundstücks, diese Handlung auf ihm nicht vorzu-

276) ZBGR 33, 152

277) Speziell auf diesen Begriff der Sachnutzung ist später bei der Betrachtung von Pfisters Inhaltsbestimmung einzugehen. Außerdem ist hier auch nicht ersichtlich, ob dieser Begriff i.S. von Substanznutzung gemeint ist, oder ob nicht jede auf das Grundstück bestimmte bezogene tatsächliche Handlung hier Sachnutzung i.S. von Benutzen sein soll.

nehmen 278).

Was die "unmittelbar wirkende Beschränkung" angeht, so kann in vollem Umfang auf das an früherer Stelle zur "Unmittelbarkeit" als Abgrenzungskriterium Gesagte verwiesen werden. Soweit hier damit allerdings nur gemeint sein sollte, daß die Verpflichtung zum Vertragsabschluß für eine bestimmte Sachnutzung des Grundstücks keine unmittelbar wirkende Beschränkung in der Sachnutzung sei, so ist das so selbstverständlich wie richtig; denn die sich aus der Verpflichtung zum Vertragsabschluß ergebende rechtsgeschäftliche Verhaltensweise des Eigentümers wäre überhaupt keine Benutzungshandlung des Grundstücks, sondern

-
- 278) Die Verpflichtung zum Vertragsabschluß ist nur die Folgeerscheinung des Gebots, nur das bestimmte Produkt zu vertreiben. Daß zur Verwirklichung dieses Gebots Vertragsabschlüsse notwendig sind, kann nicht das entscheidende Argument für die Unzulässigkeit dieses Gebots sein. Daß diese notwendig sind, zeigt vielmehr, daß kein Unterlassen Inhalt der Dienstbarkeit sein soll, sondern ein positives Tun des Eigentümers verlangt wird, womit schon, und das hat logischen Vorrang, die Unzulässigkeit der dinglichen Sicherung feststeht. Erst als ein zusätzliches Argument ließe sich feststellen, daß außerdem das positive Tun ein rechtsgeschäftliches Handeln darstellen würde, welches nicht dinglich gesichert werden dürfte, wobei diese Feststellung letztlich nicht haltbar ist, da damit nur die von der tatsächlichen zu trennende rechtliche Seite angesprochen ist, die schon von daher nicht entscheidend sein kann, daß nämlich dem Eigentümer trotz einer entsprechenden Verpflichtung auch ein anderes wirksames rechtsgeschäftliches Handeln möglich bleibt, vgl. oben V 1 a.

eine Handlung, die das Grundstück noch nicht einmal als Objekt des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben würde. Sie könnte also noch nicht einmal eine mittelbar wirkende Benutzungshandlung sein und somit erst recht keine unmittelbar wirkende.

In den wesentlichen Punkten, in denen sich eine Besonderheit in der Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit hätte zeigen können, ist damit die Rechtsprechung zum negativen Dienstbarkeitsinhalt aufgezeigt. Es mangelt ihr, soweit ersichtlich, an einer konsequenten dogmatischen Argumentation. Das mag daran liegen, daß die Rechtsprechung nicht in dem Ausmaß mit der Frage nach der zulässigen Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit, insbesondere zum Zwecke des Konkurrenzverbots und anderer ausschließlicher Benutzungs- oder Absatzrechte durch den Berechtigten, konfrontiert worden ist. Besondere Abgrenzungskriterien für eine solche Inhaltsbestimmung wurden daher von der Rechtsprechung dazu bisher nicht herausgearbeitet.

2. b) Die Literatur

In der Literatur unternimmt Pfister ²⁷⁹⁾ einen schärferen dogmatischen Abgrenzungsversuch ²⁸⁰⁾.

²⁷⁹⁾ S. 355

²⁸⁰⁾ Schatzmann, S. 44 Anm. 1, stimmt ihm in vollem Umfang zu, aber ohne nähere Begründung.

Er geht davon aus, daß die Dienstbarkeit ein unmittelbar auf die Sache sich beziehendes Nutzungsrecht sei und demnach der Vorteil, den die Unterlassung biete, d.h. die Ausübung der negativen Dienstbarkeit Sachnutzung sein müsse. Daraus folgert er dann weiter, daß das Interesse des Berechtigten an der Unterlassung so beschaffen sein müsse, daß es auch dann gewahrt und voll befriedigt werde, wenn weitere (tatsächliche oder rechtliche) Beziehungen von Personen zur Sache nicht bestünden, wenn die Sache also rechtlich herrenlos sei oder doch von niemandem benutzt werde. Das Interesse müsse also in der Sache oder ihrem Zustand verkörpert sein. Es dürfe nicht so beschaffen sein, daß es erst befriedigt werde, wenn sich die in den Bereich der Sachen kommenden Personen in einer bestimmten, durch das Verbot qualifizierten Weise verhielten.

Schon aus zwei Gründen ist Pfisters Gedankengang im Ansatzpunkt als contra legem zu bezeichnen. Sein Abstellen auf ein Nutzungsrecht ist zu eng und wird von Art. 730 ZGB nicht gedeckt. Art. 730 stellt mit keinem Wort auf nur Sachnutzung i. S. einer Substanznutzung ab, denn aus "bestimmte Eingriffe gefallen lassen" und "nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben" kann das nicht gefolgert werden. Die Ausübung von Eigentumsrechten muß nicht immer nur Nutzungshandlung i. S. von Sachnutzung sein. Für alle tatsäch-

lichen Handlungen brauche ich Grund und Boden unter den Füßen, in jedem Fall benutze ich gerade diesen Grund und Boden notwendigerweise zu meiner Handlung. Benutzen ist also der richtigere, weil weitere Begriff. Es kommt noch hinzu, worauf Kaiser ²⁸¹⁾ treffend hinweist, daß das Gesetz nicht zwischen verbietbaren Benutzungshandlungen, die das Grundstück als bloßen Sachkörper zum Gegenstand haben, und solchen, die sich auf menschliche Einrichtungen und Tätigkeiten auf dem Grundstück beziehen, unterscheidet ²⁸²⁾.

Die Sachnutzung und die Folgerung daraus, das Interesse des Berechtigten an der Unterlassung müsse auch befriedigt sein, wenn die Sache rechtlich herrenlos sei, kann auch nicht mit der Behauptung gestützt werden, daß anderenfalls unrichtigerweise nicht von der Beziehung des Berechtigten zur Sache, sondern von der Person des Belasteten, also einem außerhalb des Begriffs des dinglichen Rechts stehenden Elemente ausgegangen werde ²⁸³⁾. Gerade hierin liegt der noch viel deutlichere Schritt, den Pfister gegen das Gesetz unternimmt. Denn Art. 730 ZGB spricht davon, daß der Eigentümer als Person sein Eigentumsrecht am Grundstück in gewissen Richtungen nicht ausüben darf. Er stellt gerade auf die Person des belasteten Eigentümers ab, wobei auch

281) S. 60

282) Vgl. Motive Bd. 3, S. 481 f.

283) Pfister S. 354

die Beziehung des Berechtigten zur Sache entgegen Pfisters Behauptung nicht zu kurz kommt, als der Eigentümer ja auf dem genau begrenzten Stück Boden etwas unterlassen muß und dieses Unterlassen eben auf und mit diesem Grundstück dann untrennbar verbunden ist. Die Beziehung von Sache und belastetem Eigentümer, daß nämlich die Belastung der Sache erst in dem Verhalten der Person sichtbar wird, verkennt Pfister. Zum Unterlassen ist eine Person notwendig, die unterläßt. Was bedeutet dann noch sein Beispiel der Herrenlosigkeit? Was Pfister damit sagen will, ergibt sich schon selbst aus der Formulierung des Gesetzes, denn wenn sowieso keine Person da ist, die die zu unterlassende Handlung vornehmen könnte, erübrigt sich überhaupt schon die Bestellung einer entsprechenden Dienstbarkeit, während Pfister das für den Augenblick hält, in dem sich ihre wirkliche Sachnutzung zeige. Auch einem Unterlassen wohnt ein positiver Handlungserfolg - oder Wert inne²⁸⁴⁾, der nur Sinn in Beziehung zu einer Person hat, die die Sache so oder so benutzt.

Sehr ausführlich befaßt sich auch Liver²⁸⁵⁾ mit dem zulässigen Inhalt von Dienstbarkeiten. Deckt er sich auch weitgehend mit dem Ergebnis der Rechtsprechung, so fallen doch in seiner Argumentation einige Besonderheiten auf,

284) Vgl. die unechten Unterlassungsdelikte im Strafrecht

285) Vgl. Anm. 114 ff. zu Art. 73o und die schon erwähnte Kritik an der Gesetzesfassung.

die kritisch zu betrachten sind.
So hält Liver ²⁸⁶⁾ daran fest, daß Verpflichtungen, die in der Beschränkung der persönlichen Betätigungsfreiheit im Gegensatz zur Freiheit der Grundstücksbenutzung bestünden, nicht zum Inhalt einer Dienstbarkeit gemacht werden könnten ²⁸⁷⁾. Die Unterscheidung sei sogar unumgänglich und besonders notwendig, weil das ZGB das Erfordernis der Utilität habe fallen lassen. Bei der Bierservitut z.B. werde der Unterschied praktisch deutlich und brauchbar. Es läge bei ihr nur eine Beschränkung der persönlichen Betätigungsfreiheit vor, die Grundstücksbenutzung werde dadurch nicht

286) Anm. 107 und 123 zu Art. 730

287) Leider verkennt Liver den oben zitierten Wolff'schen Satz: Wer seine Freiheit auf seinem Grundstück ... Wenn Liver behauptet, die Durchführung der Unterscheidung werde abgelehnt, weil sie in der Praxis Schwierigkeiten bereite, so ist das unrichtig. Vgl. oben dazu ausführlich II 1 zu Beginn. Richtig dagegen Leemann, Anm. 20 zu Art. 730 und BGE II S. 252. Abgelehnt werden muß auch Livers weitere Behauptung, Anm. 108 zu Art. 730 ZGB, daß nur mit dieser Unterscheidung Verpflichtungen wie die sog. Bierservitut von der Verdinglichung ausgeschlossen werden können. Daß die Ablehnung der Bierservitut nicht auf dieser letztlich unbrauchbaren Differenzierung beruhen kann und auch nicht beruht, ist an mehreren Stellen gezeigt worden, vgl. oben II 1, V 1 a und b.

berührt. Wie aber eine Verweisung²⁸⁸⁾ ergibt, meint er mit letzterem den Gegensatz zur Beschränkung in der rechtsgeschäftlichen - in diesem Fall bei Liver wohl gleich persönlichen - Freiheit. Daß die Argumentation von Liver mit der nur rechtsgeschäftlichen Beschränkung fehl geht, wird einmal daran deutlich, daß das Ausschänken von Bier auf dem Grundstück unbestreitbar eine tatsächliche Handlung ist²⁸⁹⁾, und zum anderen daran, daß die rechtliche Seite einer solchen Betrachtung jedenfalls nicht genau und daher unrichtig ist, weil der Belastete nach wie vor Kaufverträge über etwaigen Bierbezug abschließen kann. Richtig ist nur die gewisse Zwangslage, ausschließlich das Bier beziehen und, was für die Dienstbarkeit allein als Handlung auf dem Grundstück entscheidend ist, auch nur das Bier ausschänken zu müssen. Allein aber wegen des damit verbundenen und erzwungenen positiven Tuns ist die Bier servitut abzulehnen. Nur das ist, wie oben gezeigt, die dogmatisch haltbare Begründung²⁹⁰⁾.

288) Auf seine Anm. 140 zu Art. 730 ZGB

289) Vgl. KGJ 24 A 242

290) Liver kann nicht in der Argumentation gefolgt werden, der Sinn der Verpflichtung sei erfüllt, wenn kein Bier anderer Brauereien gekauft werde. Jedenfalls ist er es dann nicht, wenn einmal das Grundstück als Gaststätte eingerichtet ist, also auf Bierausschank angewiesen ist, und zum anderen der Berechtigte entscheidendes Gewicht darauf legt, daß die von ihm hergestellte Biersorte auch tatsächlich ausgeschänkt wird. Denn gerade damit, daß kein Bier anderer Brauereien ausgeschänkt wird, erreicht der

Letzten Endes unbegründet bleiben Livers Vorstellungen²⁹¹⁾, daß zwar die Eigenart des dienenden Grundstücks auch durch dessen Benutzungsweise bestimmt sein könne, es aber doch erforderlich sei, daß die Benutzungsweise in der Eigenart des Grundstücks nach außen in Erscheinung trete. Nur das Interesse daran, daß das Grundstück in dieser seiner Eigenart nicht in bestimmter Hinsicht verändert werde oder daß von ihm nicht schädigende, lästige oder störende Wirkungen ausgingen, könne Gegenstand der negativen Dienstbarkeit sein.

Fortsetzung Anm. 290):

Berechtigte noch nicht den Absatz seines Bieres. Denn, wie schon oben gezeigt, besteht bei der negativ formulierten Dienstbarkeit die Möglichkeit, daß überhaupt kein Bier, auch das der bestimmten Brauerei nicht, ausgeschenkt würde, ohne daß in einem solchen Fall der Dienstbarkeitsinhalt nicht voll erfüllt würde, solange eben nur die anderen Biersorten nicht ausgeschenkt werden. Den Absatz des eigenen Bieres erreicht der Berechtigte nur mit der Zwangslage, daß der Belastete zur Erhaltung seiner Existenz dies Bier ausschänkt.

Wenn Liver weiter (Anm. 114) sagt, die Bierservitut komme nur mit dem Inhalt in Betracht, daß ihre Verwirklichung dann nicht verletzt sei, wenn überhaupt kein Bier mehr ausgeschenkt werde, so berücksichtigt er überhaupt nicht die wirtschaftliche Wirklichkeit eines Wirtes, dessen Existenz dann mit dem Eingehen der Wirtschaft gleichgesetzt werden kann. Dann kann zur Klarstellung außerdem gleich eine Servitut bestellt werden, daß auf dem Grundstück überhaupt kein Bier mehr ausgeschenkt werden dürfe, über deren Zulässigkeit nämlich kein Streit bestehen kann. Denn das wäre dann ein reines Unterlassen bestimmter tatsächlicher Handlungen auf dem Grundstück.

291) Anm. 113 zu Art. 730

So habe die Bierservitut als Konkurrenzverbot nicht eine Betätigung des Grundstückseigentümers zum Gegenstand, welche die nach außen in Erscheinung tretende Eigenart des Grundstücks bestimme ²⁹²⁾. Das Abstellen auf die "nach außen in Erscheinung tretende Eigenart" ließe sich nur damit erklären, daß Liver an anderer Stelle ²⁹³⁾ ausführt, daß der Grundgedanke der Geltung der causa perpetua sich aus dem Wesen der Dienstbarkeit selbst ergebe, welches darin bestehe, daß das Grundstück als solches, in seinen physischen Eigenschaften dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks dienstbar gemacht werde ²⁹⁴⁾. Damit deckt Liver sich aber unbemerkt mit Pfisters Vor-

292) Anm. 118 zu Art. 730 ZGB. Konsequenz dann seine weitere Schlußfolgerung, daß alle anderen Gewerbebeschränkungen, auf die das zutreffe, ebensowenig als Dienstbarkeiten auf ein Grundstück gelegt werden könnten. Welches Konkurrenzverbot oder Gewerbebeschränkung bliebe danach noch zulässig? Damit steht Liver gegen die Rechtsprechung. Vgl. St.Gallen, KtG in ZGBR 26, 141 f.; Eidg.GB-Amt in SJZ 32, 379 f.

293) Anm. 113 zu Art. 730 ZGB

294) In Anm. 131 wird die Zulässigkeit von Konkurrenzverboten allerdings dahingehend korrigiert, daß Verpflichtungen, auf dem belasteten Grundstück keine Gastwirtschaft, kein Café zu betreiben, Inhalt einer Dienstbarkeit sein könnten, weil damit Arten der Grundstücksbenutzung angesprochen würden, die sich im physischen Zustand, in Aussehen und wirtschaftlichem oder sozialen Charakter nach außen auswirkten. - Über die Schwierigkeit, um nicht zu sagen Unmöglichkeit, einer einheitlichen und überzeugenden Abgrenzung in diesem Bereich ist im Verlauf der Arbeit genügend gesagt worden.

stellung von der Nutzungshandlung und der Sachnutzung. Es muß aber noch einmal betont werden, daß das Gesetz nicht zwischen verbotenen Benutzungshandlungen, die das Grundstück als bloßen Sachkörper i.S. von Sachnutzung seiner physischen Eigenschaften zum Gegenstand haben und solchen, die sich auf menschliche Einrichtungen und Tätigkeiten auf dem Grundstück beziehen, unterscheidet. Und es gibt verschiedene menschliche Tätigkeiten auf dem Grundstück, die es deshalb nicht weniger bleiben, weil sie nach außen keine erkennbare Unterscheidung in der Benutzung des Grundstücks herbeiführen. Solche Abgrenzungen müssen wie schon bei Pfister als contra legem bezeichnet werden. Liver kann daher in diesen Überlegungen nicht gefolgt werden.

3.) Ergebnis

Trotz sich aus der gesetzlichen Regelung ergebender Unterschiede zwischen dem ZGB und dem BGB tauchen doch auch im ZGB die gleichen Abgrenzungsprobleme zur Inhaltsbestimmung einer negativen Dienstbarkeit auf. Sie werden aber im wesentlichen mit gleichen Argumenten und Ableitungen aus dem Gesetz gelöst, wie das im Geltungsbereich des BGB geschieht. Dabei ist festzuhalten, daß, soweit unterschiedliche Abgrenzungsversuche gemacht werden, diese gleichwohl abzulehnen sind, weil sie entweder auch auf einer dem Gesetz nicht entsprechenden einschränkenden Auslegung be-

ruhen oder sogar contra legem entstehen. Es bleibt somit auch nach einem Vergleich mit dem schweizerischen Zivilrecht bei der oben aufgestellten Formulierung, mit der der Begriff "gewisse Handlungen" näher umgrenzt worden ist.

VII. Zusammenfassung

Die Darlegung der Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung und der Vergleich ihrer Anwendung in verschiedenen Entscheidungen zu der Frage des zulässigen Inhalts einer negativen Dienstbarkeit und ihre kritische Betrachtung unter dogmatischen Gesichtspunkten sowie auf ihren praktischen Aussagewert hin haben gezeigt, daß es dort unbrauchbare Abgrenzungskriterien und Widersprüche innerhalb der verschiedenen Begründungen selbst gibt. Diese Erkenntnis mußte zu der grundsätzlichen Frage führen, ob, und wenn woher, sich eine einschränkende Auslegung der gesetzlichen Regelung rechtfertigen ließe. Die negative Antwort auf diese Frage und die gesteigerte Beachtung für das Dienstbarkeitsrecht geltender Grundsätze führten dann zu der den Begriff "gewisse Handlungen" in § 1018 näher umreisenden Formulierung. Die Richtigkeit dieses Abgrenzungsversuchs bestätigte sich dann bei einem Vergleich mit dem schweizerischen Zivilrecht, dessen gesetzliche Regelung die gleiche Problemstellung aufweist,

deren Bewältigung in Rechtsprechung und
Literatur aber für eine anders geartete
Inhaltsbestimmung weder die Notwendigkeit
noch die Nützlichkeit ergibt.

Lebenslauf

Am 20. Oktober 1940 wurde ich als viertes Kind des Landgerichtsdirektors Dr. iur. Hermann Huvendick und seiner Frau Anneliese, geb. Bracksieck, in Essen geboren. Ich bin evangelischer Konfession und besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Aufgewachsen bin ich in der Senne bei Bielefeld. Nach der Einschulung 1947 besuchte ich ab Ostern 1951 das Staatl.-Städt. Gymnasium zu Bielefeld, und zwar den neusprachlichen Zweig. Dort bestand ich im März 1960 die Reifeprüfung.

Im Mai 1960 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bonn. Zwei Semester studierte ich an der Universität München.

Im Juli 1964 bestand ich am Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. September 1964 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für die zweite juristische Staatsprüfung.

